



# A Sucessão a Favor do Concepturo

*Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito - Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa para obtenção do grau de Mestre por Maria Beatriz Almeida Correia de Sousa sob orientação da Professora Doutora Elsa Vaz Sequeira.*

**Mestrado Forense**

**Lisboa**

**Abril de 2017**

*Aos meus Pais e à minha Irmã, pelo  
exemplo e pelo apoio incondicional.*

## **AGRADECIMENTOS**

À Faculdade de Direito - Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa que me acolheu neste último ano e meio;

À Professora Doutora Elsa Vaz Sequeira, pelo profissionalismo, disponibilidade e pelos sempre sábios conselhos;

Ao António, à Marina, ao Rafael e à Catarina, pelo companheirismo, amizade e cumplicidade ao longo da nossa caminhada académica.

## **NOTA PRÉVIA**

A escrita da presente dissertação segue a norma portuguesa, as referências bibliográficas e citações são apresentadas em notas de rodapé, indicando o autor e nome da obra, editora, ano da publicação e página, em conformidade com o Índice Bibliográfico. Identificam-se, também, o uso de abreviaturas e palavras-chave abaixo mencionadas. Todas as referências a artigos sem a origem legislativa são referentes ao Código Civil Português.

A redação da presente dissertação rege-se pela ortografia anterior ao Acordo Ortográfico de 1990.

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

A. – Autor;

Ac. – Acórdão;

Act. – Actualizado;

al. – alínea;

Anot. – Anotação;

art.º/art.ºs – artigo/artigos;

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch;

Cfr. – Confira;

Cit. – Citada;

colab. – Colaboração;

CPC – Código de Processo Civil;

CRP – Constituição da República Portuguesa;

CRPr – Código do Registo Predial;

DR – Diário da República;

Ed. – Edição;

Ibidem – no mesmo lugar;

IRN – Instituto dos Registos e do Notariado;

n.º – número;

n. – nota;

Ob. cit. – obra citada;

p./pp. – página/páginas;

proc.º – Processo;

Ref. – Refundida;

Reimp. – Reimpressão;

Ren. – Renovada;

Rev. – Revista;

RJPI – Regime Jurídico do Processo de Inventário;

s./ss. – seguinte/seguíntes;

STJ – Supremo Tribunal de Justiça;

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra;

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa;

TRP – Tribunal da Relação do Porto;

Vol. – Volume.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Administração;

Concepturo;

Fenómeno Sucessório;

Natureza Jurídica;

Partilha;

Regime Jurídico;

Sucessão;

Vocação sucessória.

## ÍNDICE GERAL

I. INTRODUÇÃO.....	9
II. NASCITUROS STRICTO SENSU vs CONCEPTUROS.....	11
III. O FENÓMENO JURÍDICO-SUCESSÓRIO.....	13
1. Pressuposto.....	13
2. Fases.....	14
2.1. Designação Sucessória.....	14
2.2. Abertura da Sucessão.....	14
2.3. Vocação Sucessória.....	15
2.3.1. Titularidade da Designação Prevalente.....	16
2.3.2. Existência do Chamado.....	19
2.3.3. Capacidade Sucessória.....	20
2.4. Aquisição Sucessória.....	22
IV. SUCESSÃO A FAVOR DO CONCEPTURO.....	24
1. Regime.....	24
1.1. Pressupostos.....	24
1.2. Administração.....	26
2. Natureza Jurídica da Vocação.....	29
2.1. Vocação Pura.....	30
2.2. Vocação sob <i>conditio iuris</i> suspensiva.....	32
2.3. <i>Factispecie</i> negocial em formação.....	34
2.4. Fideicomisso.....	36

3. Situação Jurídica dos Bens.....	37
3.1. Herança Jacente.....	38
3.2. Direitos Sem Sujeito.....	39
3.3. Estados de Vinculação.....	41
4. Partilha.....	42
4.1. Não Realização da Partilha.....	43
4.1.1. Herança sob administração.....	43
4.1.2. Comunhão temporária obrigatória.....	44
4.2. Realização da Partilha.....	44
4.2.1. Partilha aproximativa.....	44
4.2.2. Partilha sob condição resolutiva.....	45
V. CONCLUSÃO.....	48
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO.....	53
ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.....	57



## I. INTRODUÇÃO

O legislador português, na al. a) do n.º 2 do art.º 2033.º, veio permitir a sucessão dos concepturos no âmbito da sucessão voluntária, desde que verificados certos requisitos.

Este instituto é há muito, desde o Código Albertino de 1837, admitido no ordenamento jurídico italiano, tendo passado para Código Civil italiano de 1865, que influenciou a feitura o Código de Seabra de 1867, que no seu art.º 1777.º veio contemplá-lo.

Porém, devido aos vários inconvenientes associados, esta sucessão não é admitida, da maneira que entre nós é, em alguns ordenamentos jurídicos, tais como o francês e o alemão, que para evitar o protelamento da sucessão e limitar temporalmente as disposições dos bens por morte, recorreu a uma construção idêntica, mas subjacente ao instituto das substituições.

A par desta permissão, está latente o princípio segundo o qual, para se ser chamado à sucessão, é necessário que se exista ao tempo da morte do *de cujus*, exigência essa que, no caso dos concepturos, é impossível de se dar como verificada, já que nem de uma existência embrionária se pode falar. Colocam-se então as seguintes perguntas: *Poderá a vocação sucessória ser diferida para um momento posterior ao da abertura da sucessão? Ou, pode haver chamamento mesmo que ainda não haja personalidade jurídica?*

É certo que o legislador providenciou pela administração dos bens deixados a concepturos, mas durante o período de tempo que medeia a morte do *de cujus* e o surgimento do concepturo, os bens ficam desprovidos de titular, o que levante a seguinte dúvida: *Qual a situação jurídica dos direitos sucessórios do concepturo?*

Consequentemente, no que toca à partilha sucessória, constando um ou vários concepturos no mapa dos sucessíveis e sabendo-se que ninguém é obrigado a permanecer na indivisão, existindo mesmo o direito de exigir a partilha, impõem-se as seguintes questões: *Poderá haver partilha? Como deverá ser feita?*

Identificados os problemas jurídicos que a sucessão a favor dos concepturos levanta, é nosso objectivo, neste estudo, analisa-los, descortinando o que se defende no meio jurídico, procurando dar o nosso contributo para estas problemáticas.

Assim sendo, para que estas questões sejam resolvidas em termos adequados, iremos pronunciar-nos essencialmente acerca:

- i) Das diferenças entre nascituros *stricto sensu* e concepturos;
- ii) Da inserção do concepturo no fenómeno jurídico-sucessório;
- iii) Do regime da sucessão a favor dos concepturos, analisando os pressupostos e a administração;
- iv) A natureza jurídica da vocação sucessória dos concepturos;
- v) A situação jurídica dos bens deixados a concepturos;
- vi) Por último, a possibilidade de partilha sucessória.

## II. NASCITUSO STRICTO SENSU vs CONCEPTUROS

Para evitar equívocos e fixar a terminologia aqui utilizada, é importante esclarecer o alcance da palavra nascituro, que apesar de ser correntemente utilizada em sentido amplo, a verdade é que se reconduz a duas figuras distintas: os nascituros *stricto sensu* e os concepturos<sup>1</sup>.

Por conseguinte, o termo nascituro *stricto sensu*<sup>2</sup> está tradicionalmente reservado para designar a realidade humana, transitória e geralmente limitada ao tempo de gestação, subsequente à concepção e anterior ao nascimento, ou seja, refere-se àquele que ainda não nasceu, mas que já foi concebido e que se encontra no útero materno.

Por sua vez, o termo concepturo<sup>3</sup>, ou nascituro não concebido, é utilizado para identificar uma entidade jurídica que, no momento da atribuição de prerrogativas jurídicas, ainda não existe, mas que se espera que venha a existir. Por outras palavras, o concepturo é um ente sem vida humana ou realidade biológica, que representa unicamente uma possibilidade, esperança ou expectativa abstratas de alguém vir a ser concebido. Resumindo, "*é uma potência, captável só por um juízo*"<sup>4</sup>.

Esclarecida a questão conceptual, apoiada nas particularidades fisiológicas e psicológicas de cada figura, que cinge por completo as duas realidades, tal não encerra o leque de situações que as separam. Com efeito, no plano jurídico não deixa de se impor diferenças substanciais.

O primeiro e mais importante ponto de distinção prende-se com a discussão em torno do reconhecimento de personalidade jurídica a cada uma destas figuras, motivado pelo disposto no n.º 2 do art.º 66.º. É certo que a lei admite que se destinem direitos a nascituros *stricto sensu* e concepturos, veja-se por exemplo o art.º 952.º, que permite a doação a nascituros *stricto sensu* e a concepturos, bem como, o art.º 1847.º, que possibilita a perfilhação de nascituros *stricto sensu*; e, para o que aqui nos ocupará, o art.º 2033.º, que manda ter em conta o nascituro *stricto sensu* na sucessão legal e permite a sucessão voluntária a favor de nascituros *stricto sensu* e concepturos. Não

---

<sup>1</sup> C. FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil - Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica*, vol. I, 5.ª ed., rev. e act., Universidade Católica Editora, 2009, p. 202.

<sup>2</sup> A. M. CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil - Pessoas*, Tomo IV, 3.ª Ed., Rev. e Act., Almedina, 2011, p. 316; P. VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª Ed., Almedina, 2008, p. 73.

<sup>3</sup> P. VASCONCELOS, *Ob. cit.*, pp. 73 e 83; C. FERNANDES, *Ob. cit.*, p. 202.

<sup>4</sup> O. ASCENSÃO, *Direito Civil - Sucessões*, Coimbra Editora, 1981, p. 135.

obstante, se por um lado, é ponto assente que os concepturos não têm personalidade jurídica, "*pelo perturbante factor de incerteza envolvido na atribuição de personalidade jurídica a um ente nem sequer concebido*"<sup>5</sup>; por outro lado, quanto aos nascituros *stricto sensu* muita tem sido a discussão, porque se trata de uma realidade humana em formação que merece ser juridicamente protegida, debatendo a doutrina se isso passa pela personificação ou se satisfaz mediante outros mecanismos<sup>6</sup>.

Em síntese, fazemos nossas as palavras de CAPELO DE SOUSA que caracteriza os concepturos como "*entidades jurídicas emergentes de uma estrutura de pressupostos jurídicos e de conteúdos de vontades das partes (...) dotadas de operacionalidade*"<sup>7</sup> em certas matérias jurídicas.

---

<sup>5</sup> C. FERNANDES, Ob. cit., p. 204.

<sup>6</sup> Nos dois espectros da discussão, estão, por um lado, aqueles que consentem na atribuição de personalidade jurídica aos nascituros, entre os quais O. ASCENSÃO, *Direito Civil - Teoria Geral - Introdução, As pessoas, Os bens*, Vol. I, 2.<sup>a</sup> Ed., Coimbra Editora, 2000, p. 51; A. M. CORDEIRO, Ob. cit., pp. 365 e 371; P. OTERO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano*, Almedina Coimbra, 1999, pp. 34-35; D. L. CAMPOS, *O Início da Pessoa Humana e da Pessoa Jurídica*, em *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, 2001, pp. 1254-1268; e P. VASCONCELOS, Ob. cit., pp. 80-83; C. SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995, pp. 156-167; e no outro lado, aqueles que não admitem tal solução, entre os quais P. LIMA e A. VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.<sup>a</sup> Ed., Rev. e Act., Reimp., Coimbra Editora, 2011, pp. 101-102; M. ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, 4.<sup>a</sup> Reimp., Almedina, 1974, p. 35; J. C. MENDES, *Direito Civil - Teoria Geral*, Vol. I, AAFDL Editora, 1978, p. 220-227; C. A. M. PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.<sup>a</sup> Ed. Act., 11.<sup>a</sup> Reimp., Coimbra Editora, 1996, p. 201; J. D. MARQUES, *Noções Elementares de Direito Civil*, 7.<sup>a</sup> Ed., Lisboa, 1977, p. 14; I. G. TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. II, 10.<sup>a</sup> Ed., Ref. e Act., Coimbra Editora, 2000, pp. 165-167; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 204-206.

<sup>7</sup> C. SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, 4.<sup>a</sup> Ed. Ren., Coimbra Editora, 2000, p. 288.

### III. O FENÓMENO JURÍDICO-SUCESSÓRIO

A sucessão é "*um facto complexo de produção sucessiva*"<sup>8</sup>, sujeita a um pressuposto e dividida em fases que acompanham o percurso das situações jurídicas detidas pelo *de cuius* até à sua investidura num novo titular, o sucessor. Este processo é designado de fenómeno jurídico-sucessório<sup>9</sup>, que se inicia com a verificação de um único pressuposto, a morte do *de cuius*, e tem como principais fases: a designação, a abertura da sucessão, a vocação sucessória e a aquisição sucessória.

O objecto do estudo que aqui desenvolvemos foca-se, fundamentalmente, na fase da vocação sucessória, mas para uma melhor compreensão da questão é imprescindível fazer uma breve alusão ao fenómeno no seu todo, segundo a perspectiva da sucessão de pessoas singulares.

#### 1. Pressuposto<sup>10</sup>

A sucessão *mortis causa*, conforme o nome indica, tem na morte a sua causa. Neste sentido, o facto morte, sendo anterior à sucessão, é pressuposto ou condição do fenómeno sucessório, pois "*só depois da morte é que a sucessão se inicia*"<sup>11</sup>. Reflexo disso é o art.º 2031.º, que ao referir que "*a sucessão abre-se no momento da morte do seu autor*", estabelece a distinção entre o facto jurídico que é a morte e o efeito jurídico que é a abertura da sucessão.

O termo morte é aqui avocado no seu sentido físico, ou seja, a morte que, nos termos do n.º 1 do art.º 68.º, faz cessar a personalidade jurídica das pessoas singulares<sup>12</sup>. Isto significa, juntamente com o que decorre do art.º 2024.º que utiliza a expressão "*pessoa falecida*", que o Direito das Sucessões está confinado ao tratamento das consequências jurídicas da morte física das pessoas singulares<sup>13</sup>, ficando de fora as consequências da extinção de uma pessoa colectiva.

<sup>8</sup> C. FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 2.ª Ed., Reimp., Quid Juris Editora, 2004, p. 109.

<sup>9</sup> C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 109-115; P. CORTE-REAL, *Curso de Direito das Sucessões*, Quid Juris Editora, 2012, pp. 177-178; C. SOUSA, Ob. cit., pp. 130-131.

<sup>10</sup> P. COELHO, *Direito das Sucessões: Lições ao curso de 1973-74*, II Parte, Coimbra, 1974, pp. 3-6; I. G. TELLES, *Direito das Sucessões - Noções fundamentais*, 6.ª Ed., Coimbra Editora, 1991, p. 29; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 117-118; C. SOUSA, Ob. cit., pp. 257-262; P. CORTE-REAL, Ob. cit., pp. 179-181.

<sup>11</sup> P. COELHO, Ob. cit., pp. 3-4.

<sup>12</sup> P. CORTE-REAL, Ob. cit. p. 179.

<sup>13</sup> C. SOUSA, Ob. cit., p. 258.

Assim, ao falarmos de morte estamos-nos a referir a um *facto jurídico involuntário*, uma vez que a eventual voluntariedade apenas poderá ter relevância jurídica sucessória se constituir casos de indignidade e deserdação, *constitutivo* de novas relações jurídicas, *modificativo* das relações jurídicas do *de cuius* que subsistem e *extintivo* das demais relações do *de cuius* e da sua própria personalidade jurídica<sup>14</sup>.

## 2. Fases

### 2.1. Designação Sucessória

A designação é uma fase pré-sucessória, determinada em vida do *de cuius*, que consiste na fixação virtual das pessoas que lhe podem vir a suceder<sup>15</sup>. A estes dá-se o nome de sucessíveis, diferenciando-os dos sucessores, que correspondem aos sucessíveis já chamados após abertura da sucessão<sup>16</sup>.

A qualidade de sucessível, que coloca a pessoa visada numa posição especial face às demais<sup>17</sup>, é atribuída pelos factos designativos<sup>18</sup>, que se dividem entre factos designativos legais e factos designativos negociais. Os primeiros correspondem ao vínculo familiar, que compreende o casamento e o parentesco, e ao vínculo de cidadania, que compreende a relação entre a pessoa e o Estado. Os segundos referem-se ao testamento e pacto sucessório.

### 2.2. Abertura da Sucessão

Verificando-se o pressuposto *morte*, abre-se a sucessão e inicia-se o fenómeno jurídico-sucessório em sentido próprio, tendente à devolução sucessória das relações jurídicas transmissíveis do *de cuius*<sup>19</sup>. Quer isto dizer que, com a morte, o sujeito jurídico desaparece, mas não necessariamente a situação jurídica de que ele era titular. Assim, extinguem-se as relações jurídicas enunciados no art.º 2025.º, subsistindo as relações jurídicas patrimoniais, que ficam à espera de ser adquiridas e em relação às quais a sucessão incidirá<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> C. SOUSA, Ob. cit., p. 259; P. COELHO, Ob. cit., pp. 4-5.

<sup>15</sup> P. COELHO, Ob. cit., p. 26; C. FERNANDES, Ob. cit., p. 127.

<sup>16</sup> P. CORTE-REAL, Ob. cit., p. 63, n. 82.

<sup>17</sup> C. SOUSA, Ob. cit., p. 134, n. 267; E. G. SILVA, *Direito das Sucessões*, AAFDL Editora, 1978, p. 155; O. ASCENSÃO, *Direito Civil - Sucessões*, 5ª Edição, Coimbra Editora, 2000, p. 38 ss.

<sup>18</sup> C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 128-129; P. CORTE-REAL, Ob. cit., p. 63.

<sup>19</sup> E. G. SILVA, Ob. cit., p. 167, n. 1; C. SOUSA, Ob. cit., p. 271; C. FERNANDES, Ob. cit., p. 137.

<sup>20</sup> P. COELHO, Ob. cit., pp. 19-20; C. SOUSA, Ob. cit., pp. 271- 272.

Importante nesta fase é o art.º 2031.º, que determina o momento e o lugar da abertura da sucessão. Quanto ao momento, estipula que será o da morte do *de cuius*<sup>21</sup>, sendo este também o momento ao qual se reportam alguns efeitos ulteriores da sucessão, como os dos casos dos art.ºs 2032.º, n.º 2; 2033.º; 2050.º, n.º 2; 2062.º; 2109.º; 2119.º; 2162.º; 2242.º, n.º 1 e 2249.º. Quanto ao lugar<sup>22</sup>, este será o do último domicílio do *de cuius*, consideração de maior importância em termos processuais para a determinação territorial do tribunal competente, caso seja necessário recorrer a estas instâncias.

### 2.3. Vocação Sucessória

Aberta a sucessão, concretizar-se-á a vocação sucessória, que consiste no chamamento dos sucessíveis, já designados, à sucessão do *de cuius*, com a consequente atribuição do direito de suceder, que corresponde ao direito potestativo de aceitar ou repudiar a herança ou o legado (cfr. art.ºs 2050.º a 2067.º)<sup>23</sup>.

Quanto às modalidades de vocação<sup>24</sup>, é importante ter em conta que "*a vocação sucessória não se processa uniformemente, podendo ter lugar no momento da abertura da sucessão (vocação originária) ou posteriormente (vocação subsequente); pode funcionar com um chamamento puro, não dependente, aos bens hereditários (vocação pura) ou mediante chamamento dependente de condição (vocação condicional) ou de termo (vocação a termo); pode operar sem sujeição a encargos especiais ou cláusulas modais (vocação simples) ou com essa sujeição (vocação modal) e, finalmente, pode decorrer a favor do sucessível originariamente prioritário (vocação directa) ou a favor de um sucessível que é chamado em vez do sucessível com prioridade original, porque este não pôde ou não quis aceitar (vocação indirecta)*"<sup>25</sup>. De referir também que dentro da modalidade de vocação referente ao momento da sua verificação, onde se fala de vocação originária e a vocação subsequente, há que distinguir a vocação sucessiva<sup>26</sup> para caracterizar os casos de substituição fideicomissária, previstos nos art.ºs 2286.º e seguintes, em que o fiduciário e o fideicomissário, "*sucedendo-se, sucedem ao de cujus*,

<sup>21</sup> C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 138-139; P. CORTE-REAL, Ob. cit., pp. 181-183; C. SOUSA, Ob. cit., pp. 272-276; P. COELHO, Ob. cit., pp. 20-22.

<sup>22</sup> C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 139-140; P. CORTE-REAL, Ob. cit., pp. 183-184; CAPELO 276-278; P. COELHO, Ob. cit., pp. 22-24, E. G. SILVA, Ob. cit., p. 171.

<sup>23</sup> C. FERNANDES, Ob. cit., p. 141; P. CORTE-REAL, Ob. cit., pp. 30-31, 185; C. SOUSA, Ob. cit., pp. 365-366; P. COELHO, Ob. cit., pp. 25-28 e 46-50.

<sup>24</sup> C. SOUSA, *Ibidem*; P. CORTE-REAL, Ob. cit., pp. 219-267; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 142-148; P. COELHO, Ob. cit., pp. 115-120.

<sup>25</sup> C. SOUSA, *Ibidem*.

<sup>26</sup> C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 144-145; P. CORTE-REAL, Ob. cit., p. 221.

*isto porque o fiduciário deve conservar os bens e fazê-los reverter, por sua morte, para o fideicomissário*"<sup>27</sup>. Existe ainda quem distinga vocação una e vocação múltipla<sup>28</sup>, que assenta na "*circunstância de um sucessível ser chamado a suceder com base num único título de vocação ou em mais, ou com base numa única qualidade - herdeiro ou legatário - ou em ambas*"<sup>29</sup>.

Quanto aos seus pressupostos, são comumente enunciados os seguintes: titularidade da designação prevalente<sup>30</sup>, existência do chamado e capacidade sucessória.

### 2.3.1. Titularidade da Designação Prevalente<sup>31</sup>

Como decorre do n.º 1 do art.º 2032.º, "*só se converte em vocação a designação sucessória prevalente no momento da abertura da sucessão*"<sup>32</sup>, ou seja, no momento do chamamento, só serão chamados os sucessíveis que detenham uma designação sucessória prevalente<sup>33</sup>, o que naturalmente subjaz a existência de hierarquia de designações<sup>34</sup>, de onde resultam diferentes posições de sucessíveis.

Em primeiro lugar estão os sucessíveis legítimos<sup>35</sup>, que se encontram organizados em classes e graus sucessórios, regulados dos art.ºs 2133.º e seguintes, por remissão do art.º

<sup>27</sup> P. CORTE-REAL, *Ibidem*.

<sup>28</sup> P. CORTE-REAL, Ob. cit., pp. 224- 225; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 145-147.

<sup>29</sup> P. CORTE-REAL, Ob. cit., p. 224.

<sup>30</sup> Embora aparentemente consensual, a matéria das modalidades encerra algumas problemáticas em redor das modalidades de vocação originária e vocação subsequente, nomeadamente no que diz respeito ao momento do chamamento dos sucessíveis subsequentes, colocando em confronto aqueles que defendem a teoria do chamamento simultâneo e a aqueles que defendem a teoria do chamamento limitado aos sucessíveis originários. Os defensores da primeira teoria, por força da tutela que é concedida aos sucessíveis subsequentes nos art.ºs 2048.º, 2048.º, 2236.º, n.º 1, 2238.º, n.º 3, sustentam que a vocação se refere de imediato a todos os sucessíveis, excepto àqueles em que se verifica uma vocação suspensa, como é o caso dos conceptuos. É de sublinhar que para estes autores os sucessíveis subsequentes não se encontram numa situação igual à dos sucessíveis originários, mas é lhes também atribuído o direito de suceder, embora a eficácia da sua vocação esteja sujeita ao facto suspensivo que é a resolução da vocação originária (cfr. O. ASCENSÃO, Ob. cit., pp. 167-169). Para os defensores da segunda teoria vocação só se dá a favor dos sucessíveis originários, ou seja, sucessíveis titulares de um facto designativo prevalecente na hierarquia dos sucessíveis, apoiando-se no argumento literal do n.º 2 do art.º 2032.º e na construção sistemática do código. Assim, o sucessível subsequente apenas detém uma expectativa jurídica tutelada, semelhante à dos sucessíveis originários antes da vocação (cfr. P. CORTE-REAL, Ob. cit., p. 204; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 134-135 e 149-152; E. G. SILVA, Ob. cit., pp. 181 e 199-204; P. COELHO, Ob. cit., pp. 74-76; C. SOUSA, Ob. cit., p. 327).

<sup>31</sup> P. COELHO, Ob. cit., pp. 74-76; P. CORTE-REAL, Ob. cit., pp. 201-204; C. SOUSA, Ob. cit., pp. 282-283.

<sup>32</sup> P. COELHO, Ob. cit., p. 31.

<sup>33</sup> P. COELHO, Ob. cit., pp. 30-31; P. CORTE-REAL, Ob. cit., p. 201; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 129-130.

<sup>34</sup> P. COELHO, Ob. cit., pp. 29-34; C. SOUSA, Ob. cit., pp. 134-150; P. CORTE-REAL, Ob. cit., pp. 63-114; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 130-131;

<sup>35</sup> C. SOUSA, Ob. cit., pp. 44-45 e 139-142 e 150-165; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 28-29 e 371-418; P. CORTE-REAL, Ob. cit., pp. 64-78 e 290-336; P. COELHO, Ob. cit., pp. 203-216.



2157.º. Estes irão suceder relativamente aos bens que constituem a legítima ou quota indisponível, que corresponde "*à porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legítimos*" (cfr. art.º 2157.º), e que varia consoante a classe de legítimos que for chamada à sucessão.

No art.º 2027.º, o legislador impede o afastamento destes sucessíveis por vontade do *de cujus*, por motivos de protecção da família nuclear e para garantir uma base patrimonial que salvede a continuação e desenvolvimento da vida dos seus familiares mais próximos<sup>36</sup>.

Em segundo lugar surgem os sucessíveis contratuais<sup>37</sup>, que são designados em pactos sucessório, que se encontrem inscritos em convenções antenupciais, como estipula o n.º 1 do art.º 1700º e o n.º 2 do art.º 2028.º. Detêm o segundo lugar, por duas razões. A primeira razão prende-se com o facto de o testador, mediante outro testamento ou escritura pública, poder revogar o primeiro testamento, por força do princípio da livre revogabilidade dos testamentos, reflectido no n.º 1 do art.º 2179.º, no n.º 1 do art.º 2311.º, no art.º 2312.º e no art.º 2316. Ora, se as convenções antenupciais podem revestir a forma de escritura pública, como determina o art.º 1710.º, então um testamento pode ser revogado por um pacto sucessório, constante de uma convenção antenupcial, posterior ao testamento e sobre os mesmos bens. A segunda razão diz respeito ao princípio da irrevogabilidade dos pactos sucessórios feitos em convenções antenupciais após a sua aceitação, explanado no n.º 1 do art.º 1701.º e no n.º 1 do art.º 1705.º, que permite deduzir que um pacto sucessório não poderá ser revogado por um testamento sobre os mesmos bens.

Em terceiro lugar encontram-se os sucessíveis testamentários<sup>38</sup>. Esta modalidade de sucessão está estreitamente ligada à sucessão legítima, que representa o próprio limite da sucessão testamentária. Assim, desde que não ofenda a legítima dos herdeiros legítimos (cfr. 2168.º), o *de cujus*, através de testamento, pode dispor livremente dos restantes bens, sendo este um reflexo do princípio da autonomia privada. No plano interno, tal como na sucessão legítima, existe uma escala de prioridades que coloca

<sup>36</sup> C. SOUSA, Ob. cit., pp. 151-153; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 28-29; I. G. TELLES, Ob. cit., pp. 224-228.

<sup>37</sup> C. SOUSA, Ob. cit., pp. 47- 50 e 142-146 e 165-166; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 511-533; P. CORTE-REAL, Ob. cit., pp. 78-86; P. COELHO, Ob. cit., pp. 225-226.

<sup>38</sup> C. SOUSA, Ob. cit., pp. 51- 52 e 146-148 e 166-238; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 29-30 e 419-509; P. CORTE-REAL, Ob. cit., pp. 86-109; P. COELHO, Ob. cit., pp. 218-223.

os legatários à frente dos herdeiros, o que se depreende do facto de os herdeiros testamentários serem responsáveis pelo cumprimento dos legados, nos termos dos art.ºs 2068.º, 2070.º e 2265.º. O *de cuius*, ao abrigo do princípio da liberdade testamentária, pode criar para a sucessão testamentária classes de sucessíveis, bem como estabelecer a sua ordem e as suas regras de funcionamento. Quanto aos motivos, para além do que já foi dito sobre a sucessão contratual, as outras razões que colocam os sucessíveis testamentários no terceiro lugar da hierarquia, pretendem-se com o facto de o legislador ter atribuído à sucessão legítima um carácter supletivo, permitindo o seu afastamento mediante a elaboração de testamento pelo *de cuius*, como resulta da conjugação dos art.ºs 2027.º e 2131.º.

Por fim, em quarto lugar, estão os sucessíveis legítimos<sup>39</sup>, como determinam os art.ºs 2027.º, 2131.º e 2311.º. Aqui também existe uma ordem interna de sucessíveis, dividida em classes e graus sucessórios, que seguem o disposto no art.º 2133.º, e que se reconduzem a dois grandes grupos: os familiares do *de cuius* e o Estado. Quanto à sucessão do Estado, é importante referir que esta é *ope legis*, ou seja, não lhe é concedida a faculdade de repúdio, nem é necessária a sua aceitação, por força do disposto no art.º 2154.º, e que este age ao abrigo do Direito Privado, dado o teor do art.º 2153.º<sup>40</sup>.

Quanto ao momento da fixação da prevalência da designação sucessória, é importante ter em conta que o lapso de tempo que medeia o momento inicial da designação e o momento da abertura da sucessão pode ser, por vezes, bastante longo, o que torna inevitável a existência de alterações, quer sejam voluntárias, como a revogação ou modificação do testamento (cfr. art.º 2311.º), quer sejam involuntárias, como o nascimento ou a morte de sucessíveis, e até mesmo alterações legislativas. Por este motivo, o art.º 2032.º estabelece que a verificação deste pressuposto deve ser feita no momento da abertura da sucessão<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> C. SOUSA, Ob. cit., pp. 45-46 e 146 e 238-256; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 24-28 e 341-369; P. CORTE-REAL, Ob. cit., pp. 109-113; P. COELHO, Ob. cit., pp. 187-202.

<sup>40</sup> I. G. TELLES, Ob. cit., pp. 228-231.

<sup>41</sup> C. SOUSA, Ob. cit., pp. 149-150 e 282-283; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 131-135 e 154-173.

### 2.3.2. Existência do Chamado<sup>42</sup>

Outro pressuposto da vocação é o da existência do sucessível chamado, que impõe duas exigências: que o chamado exista antes ou, pelo menos, no momento da abertura da abertura da sucessão e que continue a existir para lá do momento da abertura da sucessão<sup>43</sup>. Por outras palavras, para que se considere verificado este pressuposto o sucessível chamado tem de ter personalidade jurídica<sup>44</sup>.

Enquanto vertente do pressuposto da existência do chamado, a *"a personalidade jurídica não pode deixar de constituir requisito da vocação, uma vez que desta resulta a atribuição, ao sucessível, de situações jurídicas"*<sup>45</sup>, visto que *"só pode ser chamado, só está em condições de receber o direito de suceder, quem tem personalidade jurídica"*<sup>46</sup>, pois *"só quem tem personalidade jurídica, por definição, é susceptível da titularidade de situações jurídicas"*<sup>47</sup>. Além disso, o facto de a capacidade ser um dos pressupostos da vocação, expressamente imposto n.º 1 do art.º 2032.º, permite-nos deduzir a exigência de personalidade jurídica, uma vez que só faz sentido atribuir capacidade a quem já tenha personalidade jurídica<sup>48</sup>.

À primeira vista, o pressuposto parece estar livre de problemas, visto que, pelo simples facto de serem pessoas, a todas as pessoas singulares é reconhecida personalidade jurídica<sup>49</sup>. No entanto a simplicidade dissipa-se com o estipulado no n.º 1 e na al. a) do n.º 2 do art.º 2033.º, que permitem a sucessão de nascituros *stricto sensu* e de concepturos, o que levanta uma série de dificuldades, porque à partida carecem de personalidade jurídica.

Ora, no que concerne aos nascituros *stricto sensu*, a questão dilui-se se lhes for reconhecida personalidade jurídica desde a concepção, o que, todavia, como já foi

<sup>42</sup> P. COELHO, Ob. cit., pp. 76-101; P. CORTE-REAL, Ob. cit., pp. 193-201; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 152-173; com entendimento diferente do aqui adoptado, C. SOUSA, Ob. cit., pp. 284-291.

<sup>43</sup> P. COELHO, Ob. cit., pp. 79-80.

<sup>44</sup> P. CORTE-REAL, Ob. cit., p. 196; C. FERNANDES, Ob. cit., p. 154; P. COELHO, Ob. cit., pp. 76-77, n. (1) e 79; O. ASCENSÃO, Direito Civil - Sucessões..., 1981, pp. 132 e 134-136; Contra, C. SOUSA, Ob. cit., p. 284, *"Observe-se, introdutoriamente, que falamos em «existência jurídica» e não em «personalidade jurídica»"*.

<sup>45</sup> C. FERNANDES, Ob. cit., p. 154; também P. CORTE-REAL, *Ibidem*; O. ASCENSÃO, Ob. cit., p. 134; contra, C. SOUSA, *Ibidem*.

<sup>46</sup> O. ASCENSÃO, Ob. cit., pp. 134.

<sup>47</sup> O. ASCENSÃO, *Ibidem*.

<sup>48</sup> C. FERNANDES, Ob. cit., p. 154

<sup>49</sup> C. FERNANDES, *Teoria...*, I, pp. 131-132 e 199-201; A. M. CORDEIRO, Ob. cit., pp. 357-371; P. VASCONCELOS, Ob. cit., pp. 35-37.

referido, não é uma questão consensual na doutrina. No entanto, no âmbito da sucessão dos concepturos, como veremos adiante, colocam-se os maiores problemas, visto ser impensável atribuir-lhes personalidade jurídica e consequentemente considerar verificado o pressuposto da existência do chamado<sup>50</sup>.

Por fim, exige-se a continuidade da personalidade jurídica do sucessível para além do momento da abertura da sucessão, nem que por um mero instante temporal<sup>51</sup>, o que de depreende do próprio sistema do Direito das Sucessões, uma vez que o art.º 2058.º consagra a figura da transmissão do direito de suceder e, por outro lado, as deixas testamentárias, como os pactos sucessórios, caducam no caso de pré-morte do sucessível, como resulta da alínea a) do art.º 2317.º, do n.º 1 do art.º 1703.º e n.º 5 do art.º 1705.º.

### 2.3.3. Capacidade Sucessória

Finalmente, o último pressuposto da vocação sucessória respeita à capacidade sucessória, que vem mencionada no art.º 2032.º e, especificamente, no art.º 2033.º.

A capacidade sucessória *"trata da idoneidade para ser destinatário de uma vocação sucessória, da aptidão para ser chamado a suceder, como herdeiro ou como legatário"*<sup>52</sup> de toda e qualquer pessoa. Por conseguinte, esta é uma capacidade passiva, pois só releva a capacidade para receber atribuições patrimoniais sucessórias<sup>53</sup>; e de gozo<sup>54</sup>, porque refere-se a aptidão do sucessível para ser titular de direitos e obrigações do *de cuius* transmissíveis *mortis causa*, sendo este o motivo pelo qual as incapacidades gerais, como a menoridade, a interdição ou a inabilitação, não implicam qualquer

<sup>50</sup> Com outro entendimento, C. SOUSA, *Ibidem*, "Observe-se, introdutoriamente, que falamos em «existência jurídica» e não em «personalidade jurídica». É que, nos termos do n.º 1 do art.º 66.º, a personalidade jurídica só se adquire no momento do nascimento completo e com vida e, por outro lado, a vocação sucessória tem lugar não apenas quanto a seres dotados de personalidade jurídica mas também relativamente a nascituros já concebidos e, em certos casos, a nascituros não concebidos. O que nos parece ter querido a lei abranger com o compreensivo termo «aqueles» do n.º 1 do art.º 2032.º e apresentar a vantagem de evitar os falsos problemas que resultam de se partir da exigência de personalidade jurídica e de ter de se encontrar justificabilidade por via de excepção para as vocações de concebidos e concepturos".

<sup>51</sup> P. CORTE-REAL, *Ob. cit.*, p. 193; C. FERNANDES, *Lições...*, pp. 168-173; C. SOUSA, *Ob. cit.*, pp. 289-290; E. SANTOS, *Direito das Sucessões - Lições*, 2ª Ed., AAFDL Editora, 2002, p. 134; P. COELHO, *Ob. cit.*, pp. 77-78; O. ASCENSÃO, *Ob. cit.*, pp. 138-140; E. G. SILVA, *Ob. cit.*, p. 183.

<sup>52</sup> P. COELHO, *Ob. cit.*, p. 102. Neste sentido também, J. D. PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, AAFDL Editora, 2011, p. 252; C. FERNANDES, *Ob. cit.*, p. 173; P. CORTE-REAL, *Ob. cit.*, p. 204.

<sup>53</sup> C. FERNANDES, *Ob. cit.*, p. 174; E. SANTOS, *Ob. cit.*, pp. 150-151; C. SOUSA, *Ob. cit.*, p. 291;

<sup>54</sup> C. SOUSA, *Ob. cit.*, p. 292; C. FERNANDES, *Ob. cit.*, p. 173; P. CORTE-REAL, *Ob. cit.*, p. 204; E. SANTOS, *Ob. cit.*, p. 151; E. G. SILVA, *Ob. cit.*, p. 202.

limitação no campo da capacidade sucessória como pressuposto da vocação, pois tais situações constituem incapacidades de exercício, que só relevam no Direito das Sucessões aquando do exercício do direito de suceder e não no momento da vocação, como confirmam as alíneas j) e l) do n.º 1 do art.º 1889.º e alínea c) do n.º 1 do art.º 1938.º, significando isto que os próprios incapazes gerais tem capacidade sucessória<sup>55</sup>.

Assim sendo, conforme resulta do n.º 1 do art.º 2033.º, a regra é a de que toda a pessoa singular tem capacidade sucessória, sendo a falta de capacidade a excepção<sup>56</sup>, a que correspondem as situações dos art.ºs 1650.º, n.º 2, 2034.º, 2166.º<sup>57</sup>, 2192.º, 2194.º, 2196.º, 2197.º e 2198.º<sup>58</sup>, numa demonstração de que a incapacidade sucessória está intimamente ligada às circunstâncias do caso concreto, não sendo uma situação jurídica de carácter geral e absoluto, pois os seus efeitos apenas se manifestam relativamente à sucessão de um determinado *de cuius* e não perante todo e qualquer *de cuius*<sup>59</sup>.

É certo que os art.ºs 66.º e 67.º, estipulando que toda e qualquer pessoa física tem capacidade civil no geral, abrangendo também a capacidade para efeitos sucessórios, o que, aparentemente, torna dispensável o art.º 2033.º, não fosse este dizer que nascituros *stricto sensu* e concepturos têm capacidade sucessória. Perante isto, alguns autores consideram que o disposto nos art.ºs 66.º e 67.º não é estanque, podendo ser alvo de algumas especialidades, no sentido do seu alargamento, sendo exemplo disso o art.º 2033.º<sup>60</sup>.

Outros defendem não ser possível atribuir capacidade a quem carece de personalidade jurídica, sendo o art.º 2033.º do um meio, pouco feliz, que o legislador encontrou para deixar claro que os nascituros *stricto sensu* e os concepturos não devem ser prejudicados na sucessão pelo facto de quanto a eles não se verificar o pressuposto da

<sup>55</sup> P. CORTE-REAL, *Ibidem*; E. SANTOS, *Ibidem*; C. SOUSA, *Ibidem*; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 174 e 190; O. ASCENSÃO, *Direito Civil - Sucessões...*, 2000, p. 138.

<sup>56</sup> C. SOUSA, Ob. cit., pp. 291-292; P. CORTE-REAL, Ob. cit., pp. 205-206; P. COELHO, Ob. cit., pp. 102-103.

<sup>57</sup> C. FERNANDES, Ob. cit., p. 190

<sup>58</sup> C. SOUSA, Ob. cit., pp. 293-294; C. FERNANDES, Ob. cit., p. 176; E. SANTOS, Ob. cit., pp. 153-157.

<sup>59</sup> Quanto à indignidade e deserdação a doutrina tem divergindo na sua conceptualização, pondo em confronto aqueles consideram que estamos perante formas de ilegitimidade, entre os quais O. ASCENSÃO, Ob. cit., pp. 140-141; E. G. SILVA, Ob. cit., pp. 210-211; J. D. PINHEIRO, Ob. cit., p. 252; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 189-191; C. SOUSA, Ob. cit., p. 293, n. 743; E. SANTOS, Ob. cit., p. 153; e aqueles que consideram que estas são formas de incapacidade, entre os quais P. CORTE-REAL, Ob. cit., pp. 204 e 206-207.

<sup>60</sup> E. SANTOS, Ob. cit., p. 151; cfr. também C. SOUSA, Ob. cit., pp. 291-292; P. COELHO, Ob. cit., p. 102.

existência do chamado<sup>61</sup>. Deste modo, *"o legislador não utiliza o termo capacidade em sentido técnico, portanto como uma qualidade jurídica de um sujeito. Parece que ele quer significar que essas entidades podem ser contempladas, pode fazer-se-lhes mesmo uma reserva de lugar (...) espera-se que efectivamente venham à existência para haver vocação"*<sup>62</sup>.

Por último, quanto ao momento da verificação do preenchimento deste pressuposto<sup>63</sup>, é imprescindível ter em conta que *"a capacidade ou a incapacidade sucessórias não são factos isolados, mas autênticos estados interpessoais, dependentes de diversos pressupostos factuais e que podem alterar-se no tempo"*<sup>64</sup>. Assim, a regra é a de que o momento da apreciação é o da abertura da sucessão, como decorre do n.º 1 do art.º 2032.º e do n.º 1 do art.º 2033.º. Contudo, a lei prevê algumas excepções, nomeadamente as situações da alíneas a) e b) do art.º 2034.º e o n.º 2 do art.º 2035.º, em que o facto decisivo para a não verificação do pressuposto ocorre depois da abertura da sucessão.

#### 2.4. Aquisição Sucessória<sup>65</sup>

No sistema jurídico português a aquisição sucessória não resulta *ipso iure* pelo simples decorrência da vocação<sup>66</sup>, ao invés *"a condição de sucessor pressupõe uma manifestação de vontade do sucessível (...) que se some ao facto da morte do de cuius"*<sup>67</sup>. Desta forma, entre nós impera a teoria da aquisição por aceitação<sup>68</sup>, como resulta do disposto no n.º 1 do art.º 2050.º (aplicável aos legados, por remissão art.º 2249.º).

<sup>61</sup> I. G. TELLES, Ob. cit., pp. 167-168.

<sup>62</sup> O. ASCENSÃO, *Direito Civil - Sucessões...*, 1981, p. 136.

<sup>63</sup> C. FERNANDES, Ob. cit., p. 175; P. CORTE-REAL, Ob. cit., p. 205; C. SOUSA, Ob. cit., pp. 307-308; E. G. SILVA, Ob. cit., pp. 203-204; P. COELHO, Ob. cit., pp. 103-106.

<sup>64</sup> C. SOUSA, Ob. cit., p. 307.

<sup>65</sup> C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 274-281; P. COELHO, Ob. cit., pp. 154-161; P. CORTE-REAL, Ob. cit., pp. 272-282.

<sup>66</sup> C. SOUSA, Ob. cit., p. 365.

<sup>67</sup> J. D. PINHEIRO, Ob. cit., p. 412.

<sup>68</sup> São excepções: a sucessão contratual, que opera por aquisição automática, uma vez que o donatário aceitou os bens antes da abertura da sucessão, no pacto sucessório, restando-lhe renunciar aos bens caso já não os queira (cfr. J. D. PINHEIRO, Ob. cit., p. 413); e o do regime especial relativo à aquisição sucessória do Estado na sucessão legítima, que se realiza por investidura, que resulta de acto de autoridade, a chamada declaração de herança vaga, consagrada no art.º 2155.º, feita por sentença proferida num processo em que é reconhecida a inexistência de outros sucessíveis legítimos (cfr. J. D. PINHEIRO, Ob. cit., p. 414; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 281-283; C. SOUSA, Ob. cit., pp. 26-28).

Por conseguinte, a aceitação<sup>69</sup>, regulada nos art.ºs 2050.º a 2061.º, é uma declaração de vontade mediante a qual o sucessível manifesta a sua intenção de adquirir a herança ou o legado a que foi chamado e tem como efeitos a aquisição das situações jurídicas patrimoniais abrangidas pela sucessão, que retroagem ao momento da abertura da sucessão, conforme estipula o n.º 2 do art.º 2050.º.

Contudo, o sucessível chamado tem a faculdade de repudiar<sup>70</sup>, que vem regulada nos art.ºs 2062.º a 2067.º, e que consiste numa declaração de vontade oposta à expressa na aceitação, tendo como efeito a consideração do sucessível como não chamado desde do momento da abertura da sucessão, como dispõe o art.º 2062.º. Neste caso, pode ocorrer uma substituição directa, estipulada nos art.ºs 2281.º a 2285.º, ou, caso o *de cujus* não a tenha estipulado ou não seja possível, haverá lugar a três hipóteses: acionar-se-á o direito de representação a favor dos descendentes do sucessível, tal como determinam os art.ºs 2039.º a 2045.º; far-se-á cumprir o direito de acrescer para os co-sucessíveis, como estipula o n.º 2 do art.º 2137.º e os art.ºs 2143.º, 2157.º e 2301.º a 2307.º; ou chamar-se-ão os sucessíveis subsequentes, tal como estipula o n.º 2 do art.º 2032.º.

Em último lugar, é de referir que o período que medeia o momento da abertura da sucessão e a aceitação ou repúdio é denominado de herança jacente e vem regulado no art.º 2046.º<sup>71</sup>. Durante este período, de acordo com os art.ºs 2047.º e 2048.º, o sucessível chamado à herança pode administrar a mesma, garantindo a manutenção dos bens que a compõem, sem tal implicar a aceitação da sucessão, ou pode ser nomeado curador da herança jacente. Para diminuir a duração deste período, o legislador consagrou no art.º 2049.º o mecanismo de notificação dos sucessíveis que dá início à "*actio interrogatoria*", regulada nos art.ºs 1039.º e 1040.º do CPC, que comina na aceitação ou no repúdio.

---

<sup>69</sup> J. D. PINHEIRO, Ob. cit., p. 412; P. COELHO, Ob. cit., pp. 153-158; CF, 256-272; C. SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. II, 3.ª Ed. Ren., Coimbra Editora, 2002, pp. 10-24; E. SANTOS, Ob. cit., pp. 251-266.

<sup>70</sup> P. CORTE-REAL, Ob. cit., pp. 272-281; J. D. PINHEIRO, Ob. cit., pp. 415-423; P. COELHO, Ob. cit., pp. 159-161; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 256-261 e 263; C. SOUSA, Ob. cit., pp. 10-12 e 24-26; E. SANTOS, Ob. cit., pp. 266-273.

<sup>71</sup> P. CORTE-REAL, Ob. cit., pp. 268-271; E. SANTOS, Ob. cit., pp. 273-279; C. SOUSA, Ob. cit., pp. 5-12; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 244-254; P. COELHO, Ob. cit., pp. 149-152; J. D. PINHEIRO, Ob. cit., pp. 409-411.

## IV. SUCESSÃO A FAVOR DO CONCEPTURO

### 1. Regime

#### 1.1. Pressupostos

A ordem jurídica portuguesa, nos termos da al. a) do n.º 2 do art.º 2033.º, admite a designação sucessória de concepturos, mas dada a incerteza que tal envolve, consagrou requisitos que minimizem essa incerteza e circunscrevam o âmbito da sucessão.

Como primeiro limite, o legislador restringiu a sucessão dos concepturos à sucessão voluntária, ou seja, à sucessão testamentária e contratual<sup>72</sup>, sendo este o motivo pelo qual se diz que os concepturos têm uma capacidade sucessória restrita<sup>73</sup>.

De seguida, o legislador veio consagrar requisitos específicos conducentes à especificação e particularização dos concepturos, mais concretamente "*que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão*". Analisando o seu alcance, podemos-lhe subtrair três exigências.

A primeira exigência impõe que os concepturos sejam filhos<sup>74</sup>, ou seja, apenas podem ser instituídos descendentes em primeiro grau, ficando de fora os netos ou outros descendentes<sup>75</sup>, não estando limitado o número de concepturos que se pode instituir. Assim, o de *de cuius* pode instituir como sucessível um só futuro filho de determinada pessoa, com por exemplo, o primeiro filho que o seu amigo venha a ter, ou todos os futuros filhos dessa pessoa, por exemplo, todos os filhos que o seu amigo venha a ter<sup>76</sup>.

Imaginando que *de cuius* apenas designou os filhos por nascer de determinada pessoa, mas que à data da abertura da sucessão alguns já tinham nascido e outros já estavam concebidos. Nestes casos questiona-se a possibilidade de aproveitamento nomeação.

<sup>72</sup> Quanto a admissibilidade de pacto sucessório a favor de concepturo cfr. n.º 1 do art.º 1705.º juntamente como n.º 1 do art.º 952.º e o art.º 951.º.

<sup>73</sup> Ao contrário dos nascituros *stricto sensu* que, segundo o n.º 1 do art.º 2033.º, têm capacidade sucessória plena, isto é, estão aptos para serem destinatários de qualquer vocação sucessória.

<sup>74</sup> Quanto aos filhos adoptivos crê-se que estes não devem ser abrangidos nesta disposição, pois quanto a eles não se pode falar em concepção no sentido natural e biológico por parte dos seus pais adoptivos. Além disso, a al. a) do n.º 2 do art.º 2033.º, sendo de natureza excepcional, não comporta uma interpretação extensiva. Neste sentido, G. AZZARITI, *Le successioni e Le Donazioni : libro secondo del Codice Civile*, Padova, 1982, p. 27. Contra, G. GROSSO e A. BURDESE, *Le successioni: parte generale, em Trattato di Diritto Civile Italiano*, Vol. 12.º, Tomo I, 1977, p. 107.

<sup>75</sup> P. COELHO, Ob. cit., p. 85, n. 1; C. SOUSA, *Lições...*, I, pp. 287; Ed. 140.

<sup>76</sup> L. C. GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Vol. IX, Coimbra Editora, 1935, p. 708.



MARIA ARAÚJO entende que "*os já concebidos, sendo por sua natureza nascituros, aproveitam (...) da instituição (...) os já nascidos poderão considerar-se abrangidos (...) desde que se averigüe ser essa a intenção e vontade real do testador*"<sup>77</sup>.

A segunda exigência determina que, pelo menos, um dos futuros progenitores seja pessoa determinada, para uma possível individualização do concepturo. Deste modo, devem constar na deixa testamentária ou no pacto sucessório os dados e elementos necessários para que o intérprete, no momento da abertura da sucessão, possa com segurança determinar quem é o progenitor<sup>78</sup>. Importa também sublinhar que, apesar de a lei utilizar a palavra "pessoa" no singular, nada impede que o *de cujus*, na mesma deixa testamentária ou cláusula, possa indicar várias pessoas, como por exemplo nos casos em que o testador deixe algo aos futuros filhos de cada um dos seus irmãos ou de um casal<sup>79</sup>.

A terceira exigência obriga que o progenitor esteja vivo no momento da abertura da sucessão, o que exclui os nascituros *stricto sensu* e as pessoas pré-falecidas ao tempo da abertura da sucessão<sup>80</sup>. Contudo, surge a seguinte questão: será válida a instituição de concepturos filhos de pessoa determinada já viva ao tempo da abertura da sucessão, mas não nascida ao tempo da elaboração do testamento ou do pacto sucessório? A favor da sua validade, MARIA ARAÚJO<sup>81</sup>, PEREIRA COELHO<sup>82</sup> e EDUARDO DOS SANTOS<sup>83</sup>, consideram que a letra da lei parece dispensar a exigência de que o progenitor esteja vivo ao tempo da feitura do testamento ou do pacto sucessório, acrescentando que, se fosse outra a vontade do legislador, este poderia tê-la consagrado aquando da feitura do actual CC<sup>84</sup>. Contrariamente, CUNHA GONÇALVES<sup>85</sup> e

<sup>77</sup> M. ARAÚJO, *A vocação de nascituros e concepturos*, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento XIII, Vol. 37, 1961, pp. 78-79.

<sup>78</sup> M. ARAÚJO, *Ob. cit.*, p. 69.

<sup>79</sup> P. COELHO, *Ob. cit.*, p. 85, n. 2; C. SOUSA, *Ob. cit.*, pp. 287, n. 725; E. SANTOS, *Ob. cit.*, p. 140, n. 307; A redação no singular de "pessoa determina" veio acabar com a discussão com que os autores se debatiam na vigência do Código Civil de 1867, que ao utilizar a expressão no plural de "certas e determinadas pessoas", suscitava dúvidas acerca da necessidade de existência de um casal ou da individualização de ambos os pais, tendo o STJ, já nessa altura, pronunciado na negativa, entendendo que tal opção gramatical pretende abranger os casos em que o autor da sucessão pretende contemplar filhos concepturos de várias pessoas ou de uma pessoa, sem que seja possível designar ambos os progenitores, cfr. Ac. do STJ de 13/03/1956, proc.º n.º 56614 (M. G. P.).

<sup>80</sup> P. COELHO, *Ob. cit.*, p. 85, n. 3; C. SOUSA, *Ob. cit.*, p. 287; Ed. 140; M. ARAÚJO, *Ob. cit.*, pp. 70-72.

<sup>81</sup> M. ARAÚJO, *Ob. cit.*, pp. 72-73.

<sup>82</sup> P. COELHO, *Ob. cit.*, p. 85, n. 4.

<sup>83</sup> E. SANTOS, *Ob. cit.*, p. 140.

<sup>84</sup> M. ARAÚJO, *Ob. cit.*, p. 73; E. G. SILVA, *Ob. cit.*, p. 192.

<sup>85</sup> L. C. GONÇALVES, *Ob. cit.*, p. 706.

CAPELO DE SOUSA<sup>86</sup> são da opinião de que tal posição apresenta algumas dificuldades de conciliação com a exigência da determinação do progenitor, sendo ilegítimo o argumento a *contrario sensu* tirado da expressão "*viva ao tempo da abertura a sucessão*", pois tal levaria à situação absurda de poder ser "*instituído herdeiro filho hipotético de pais hipotéticos*"<sup>87</sup>. Uma tal expressão não significa que o progenitor possa ser inexistente ao tempo da feitura do testamento ou do pacto sucessório, pelo contrário, a lei exige que aquele além de estar vivo ao tempo do testamento, continuem vivo após a morte do testador, pois se o progenitor falecer sem ter gerado um filho, a instituição caducará<sup>88</sup>.

Como veremos, a sucessão a favor dos concepturos apresenta alguns problemas, não sendo mesmo admitida em certos ordenamentos jurídicos, não obstante, esta sucessão vigora em Portugal desde 1867 no Código de Seabra, onde se encontrava consagrada no art.º 1777.º, o que representa "*um tributo ao princípio da liberdade negocial e testamentária e visa satisfazer eventuais motivações do autor da sucessão, no âmbito dos seus poderes de disposição, v.g., o desejo do testador de (...) afastar certas pessoas da sucessão por razões pessoais que não valham para os filhos deles ou de evitar desigualdades entre filhos nascidos e concebidos, por um lado, e concepturos, por outro, quando estes últimos sejam prováveis e o testador pretenda beneficiar todos os filhos de certa pessoa*"<sup>89</sup>.

## 1.2. Administração

Um dos maiores problemas que afecta a sucessão dos concepturos prende-se com o grande lapso de tempo que medeia a abertura da sucessão e a atribuição dos direitos hereditários ao sucessível nomeado, o que cria um indesejável protelamento da efectivação da sucessão.

Ficando o património do *de cujus* desprovido de titular, é necessário acautelar-se a solidez do direito de suceder, o conteúdo da vocação sucessória e todos os poderes decorrentes da qualidade de herdeiro, que a aquisição de personalidade jurídica a lhe garante. Assim, para prevenir o abandono, o legislador português providenciou pela

<sup>86</sup> C. SOUSA, Ob. cit., p. 287, n. 726.

<sup>87</sup> L. C. GONÇALVES, *Ibidem*.

<sup>88</sup> L. C. GONÇALVES, *Ibidem*.

<sup>89</sup> C. FERNANDES, Ob. cit., p. 287, n. 724; P. COELHO, Ob. cit., pp. 86-88; E. G. SILVA, Ob. cit., pp. 191-192.

administração da herança ou legado deixados a concepturos, impondo, no n.º 1 do art.º 2240.º, a aplicação do disposto nos art.ºs 2237.º a 2239.º, que correspondem ao regime da administração da herança sob condição suspensiva<sup>90</sup>.

Por conseguinte, a herança ou legado deixados a concepturos são postos em administração e assim se mantêm até que aqueles adquiram personalidade jurídica ou haja a certeza de que tal não acontecerá, tal como estipula o n.º 1 do art.º 2237.º<sup>91</sup>. Quanto a esta segunda situação, colocam-se alguns problemas, visto que a doutrina considera que esta certeza só existirá seguramente em dois casos: tendo falecido o progenitor indicado no testamento ou no pacto sucessório ou sendo comprovada judicialmente a impotência desse mesmo progenitor<sup>92</sup>, desvalorizando-se a velhice, especialmente se o progenitor indicado for do sexo masculino<sup>93</sup>. Porém, se tal certeza for obtida, a herança ou legado deixados a concepturo serão devolvidos ao substituto instituído, ao co-herdeiro com direito de acrescer ou ao herdeiro legítimo presumido, atendendo ao momento da morte do testador<sup>94</sup>.

Sem dúvida que o legislador foi bastante cuidadoso na construção deste regime, tendo sido sensível às razões que motivaram a admissão deste tipo de sucessão. Efectivamente, atribuir a administração aos pretensos progenitores, poderia descaracterizar e subverter a génese da sucessão a favor do concepturo, por isso a 2ª parte do n.º 1 do art.º 2240.º, estabelece que a pessoa viva e determinada de quem o concepturo será filho representá-lo-á em tudo, excepto no que concerne à administração da herança ou legado que lhe forem deixados<sup>95</sup>. Como refere MARIA ARAÚJO,

<sup>90</sup> P. LIMA e A. VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. VI, Reimp., Coimbra Editora, 2011, p. 381; E. SANTOS, *Ibidem*; P. CORTE-REAL, Ob. cit., p. 199; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 157-158; C. SOUSA, Ob. cit., p. 288, n. 728, refere que são art.ºs "*relativos à sucessão testamentária mas que cremos igualmente aplicáveis por analogia à sucessão contratual*".

<sup>91</sup> P. COELHO, Ob. cit., p. 88; E. SANTOS, *Ibidem*; P. CORTE-REAL, *Ibidem*; P. LIMA e A. VARELA, Ob. cit., p. 377.

<sup>92</sup> O que poderá ocorrer, por exemplo, numa acção de anulação de casamento, prevista no art.º 1636.º, na apreciação da boa-fé de um dos ex-cônjuges após a declaração de nulidade de casamento católico, consagrado no n.º 2 do 1648.º, ou numa acção de impugnação de paternidade presumida, prevista nos art.ºs 1838.º a 1846.º. Cfr. P. COELHO, Ob. cit., pp. 91-92; E. SANTOS, Ob. cit., pp. 141-142.

<sup>93</sup> P. COELHO, *Ibidem*; E. SANTOS, *Ibidem*.

<sup>94</sup> Sobre a determinação do herdeiro legítimo presumido, entende-se que é de considerar o momento da morte do autor da sucessão e não o momento em que se torna certo que os concepturos não existirão (cfr. J. L. L. CARDOSO, *Partilhas Judiciais: teoria e prática*, Vol. I, 4ª ED., Almedina, 1990, p. 105; F. FRANÇA, *Revista de Legislação e Jurisprudência - Consulta n.º 2383*, Ano 62, 1929-1930, p. 94; G. STOLFI, *Le successione dei non concepiti*, em *Rivista di Diritto Civile*, Anno XVI, 1924, pp. 476-480; PC, 92, n. 2; Ac. do STJ de 12/05/1981, proc.º n.º 069201 (HENRIQUES SIMÕES); Ac. do TRP de 19/06/1980, proc.º n.º 0013686 (OLIVEIRA DOMINGUES)).

<sup>95</sup> C. SOUSA, *Ibidem*; P. CORTE-REAL, *Ibidem*; E. SANTOS, Ob. cit., p. 140; C. FERNANDES, Ob. cit., p. 158; P. LIMA e A. VARELA, Ob. cit., p. 381.

*"estando em jogo o interesse duma boa e diligente administração, deve esta ser entregue a quem, pela sua posição mais interessada, ofereça melhores garantias de a realizar"*<sup>96</sup>.

Deste modo, o legislador, no n.º 1 do art.º 2238.º, optou por incumbir a administração a quem, caso o concepturo não venha a existir, receberá tudo aquilo que lhe tiver sido deixado, pois são estes que têm maior interesse na sua conservação<sup>97</sup>, que, nas palavras de PEREIRA COELHO, é um *"interesse de maior qualificação, pois o nascimento dos instituídos é uma simples eventualidade, às vezes muito remota"*<sup>98</sup>.

Assim, se o *de cuius* tiver nomeado um substituto do concepturo, nos termos do art.º 2281.º, será ele o administrador. Não havendo substituto ou se este não tiver aceite, o responsável pela administração será o co-herdeiro incondicional com direito de acrescer, visto que uma parte dos bens hereditários já lhe pertencem e, caso o concepturo não venha a ter existência, poderá recebê-los por inteiro. Por último, na falta de co-herdeiro incondicional ou sem direito de acrescer, caberá a administração ao herdeiro legítimo presumido<sup>99</sup>.

Todavia, como defende PEREIRA COELHO<sup>100</sup>, a norma consagrada no n.º 1 do art.º 2238.º é uma norma supletiva e por isso de carácter dispositivo, o que significa que o *de cuius*, caso assim pretenda e porque só ele saberá quem mais zelosamente cuidará dos seus bens, poderá nomear um administrador, pois tal como refere MARIA ARAÚJO, *"predominando em matéria de sucessão testamentária o respeito pela vontade do de cuius, como sendo a última projecção para além túmulo duma personalidade que se extingue, essa vontade deve sobrepor-se a todo o preceito que não seja de natureza imperativa"*<sup>101</sup>.

Em síntese, a administração da herança ou legado deixados ao concepturo segue a seguinte ordem: em primeiro lugar, o administrador nomeado; em segundo lugar, o substituto; em terceiro lugar, o co-herdeiro incondicional com direito de acrescer; em quarto e último lugar, o herdeiro legítimo presumido.

<sup>96</sup> M. ARAÚJO, Ob. cit., p. 97

<sup>97</sup> P. COELHO, Ob. cit., p. 89; E. SANTOS, Ob. cit., p. 141.

<sup>98</sup> P. COELHO, Ob. cit., p. 90.

<sup>99</sup> E. SANTOS, Ob. cit., pp. 140-141; P. COELHO, Ob. cit., pp. 88-90; C. SOUSA, *Ibidem*; P. CORTE-REAL, *Ibidem*; P. LIMA e A. VARELA, Ob. cit., pp. 378 e 379.

<sup>100</sup> P. COELHO, Ob. cit., p. 89, n. 2; também neste sentido, E. SANTOS, *Ibidem*.

<sup>101</sup> M. ARAÚJO, Ob. cit., p. 96.

Quanto aos poderes e obrigações do administrador<sup>102</sup>, determina o art.º 2239.º que deverão ser aplicadas as regras atinentes ao curador provisório dos bens do ausente, constantes nos art.ºs 94.º e 95.º. Por conseguinte, os poderes do administrador limitam-se a actos de administração ordinária, por força da conjugação dos art.ºs 94.º e 1159.º, sobre os quais o administrador terá de prestar contas ao tribunal, como obriga o art.º 95.º. Segundo MANUEL DE ANDRADE, os actos de administração ordinária ou os *"actos de mera administração serão os que corresponderem a uma gestão patrimonial limitada e prudente em que não são permitidas certas operações - arrojadas e ao mesmo tempo perigosas - que podem ser de alta vantagem, mas que podem ocasionar graves prejuízos para o património administrado"*<sup>103</sup>. Isto significa que o administrador, sem autorização, não poderá realizar actos de disposição, porque comprometerão a substância do património, estando assim limitado a promover pela conservação dos bens administrados.

De qualquer de forma, como indica o art.º 2241.º, os poderes que detém o administrador terão sempre de ser compatibilizados com os poderes de administração do cabeça-de-casal, previstos no art.º 2079.º<sup>104</sup>, pois se, por um lado, o este administrador age, exclusivamente, no melhor interesse do concepturo, por outro, os o cabeça-de-casal actua para protecção do *"interesse geral, no sentido da conservação e correcta distribuição ou repartição dos bens da herança"*<sup>105</sup>.

## 2. Natureza Jurídica da Vocação

Relembrando o que foi dito sobre os pressupostos da vocação sucessória e tendo em conta que a existência do chamado, ou seja, a personalidade jurídica, faz parte desses pressupostos, pergunta-se: *como pode ser chamado à sucessão alguém que não existe e que pode nunca vir a existir? Será admissível que o pressuposto da existência do chamado venha a preencher-se em momento posterior ao abertura da sucessão?* A resposta a estas questões dependerá da natureza jurídica que for atribuída a vocação sucessória de concepturos, o que, porém, não encontra concordância e unanimidade na doutrina, sendo possíveis as seguintes teses:

<sup>102</sup> P. COELHO, Ob. cit., pp. 90-91; P. LIMA e A. VARELA, Ob. cit., p. 380.

<sup>103</sup> M. ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica - Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*, Vol. II, 9.ª Reimp., Almedina, 2003, p. 71.

<sup>104</sup> C. FERNANDES, Ob. cit., p. 158; E. SANTOS, Ob. cit., pp. 143-144; P. LIMA e A. VARELA, Ob. cit., p. 382.

<sup>105</sup> P. LIMA e A. VARELA, *Ibidem*.

## 2.1. Vocação Pura

Esta teoria afirma que a vocação do concepturos é uma vocação pura e simples, desde o momento da abertura da sucessão.

Defendida em Itália por CARNELUTTI, o A. defende que a tese da vocação condicionada pelo nascimento não pode vingar, porque a realidade do chamado é um elemento essencial da vocação sucessória, que não comporta sujeições, visto que, se não estiverem preenchidos todos os seus pressupostos no momento da abertura da sucessão, a vocação deve considerar-se não verificada, dando lugar ao chamamento de outro sucessível<sup>106</sup>. Acrescenta ainda que este elemento essencial insere-se na causa da vocação sucessória, que considera ser a transferência dos bens hereditários, na qual está implícito o sucessível, por ser a ele a quem os bens hereditários, objecto da vocação, deverão ser transferidos<sup>107</sup>.

Rompendo com as restantes teorias, o A. considera que na vocação de concepturos não está em falta o elemento da existência do chamado, o qual interpreta de maneira diferente do resto da doutrina, esmiuçando o conceito de existência<sup>108</sup>.

Deste modo, o A. afirma que a noção de existência para o Direito não deve ser confundida com aquela que impera no plano extrajurídico, no qual o conceito de existência está ligado à ideia de percepção das coisas que nos rodeiam, sendo existente tudo aquilo que se pode tocar, ver e/ou ouvir<sup>109</sup>. Por conseguinte, para o A. a existência efectiva, bem como a possibilidade de existência, são ambos sectores do conceito geral de realidade<sup>110</sup>, "*por outras palavras: a possibilidade não se contrapõe à realidade, é, ela própria, parte da realidade*"<sup>111</sup>. Nestes termos, a existência encontra-se no passado e é algo pré-adquirido, enquanto a possibilidade de existência diz respeito ao futuro<sup>112</sup>, mas ambas partes do mesmo conceito que é a realidade.

Assim, o concepturo é uma realidade possível, mas não uma realidade existente, o que não impede a vocação, pois esta apenas pressupõe e exige a existência efectiva dos bens

---

<sup>106</sup> F. CARNELUTTI, *Nuovo profilo della istituzione dei nascituri*, em *Il Foro Italiano*, Vol. 77, 1954, p. 57.

<sup>107</sup> F. CARNELUTTI, *Ibidem*.

<sup>108</sup> F. CARNELUTTI, *Ob. cit.*, p. 58.

<sup>109</sup> F. CARNELUTTI, *Ibidem*.

<sup>110</sup> F. CARNELUTTI, *Ibidem*.

<sup>111</sup> E. G. SILVA, *Ob. cit.*, p. 194.

<sup>112</sup> F. CARNELUTTI, *Ob. cit.*, p. 58-59.

hereditários, contentando-se com a possibilidade de existência do sujeito a quem esses bens serão transferidos, o que consubstancia uma vocação sucessória pura e simples<sup>113</sup>.

Em síntese, o A. considerava a realidade como o verdadeiro pressuposto da vocação, que se decompõe na existência e na possibilidade de existência. Acontece que na maioria dos casos de vocação sucessória os chamados existem, o que levou à banalização do pressuposto, reduzindo-o à exclusiva exigência de existência no momento da abertura da sucessão. Todavia, nos casos da sucessão dos concepturos transparece o verdadeiro sentido do pressuposto, pois apenas se exige a possibilidade de existência para que se cumpra a vocação sucessória<sup>114</sup>.

Esta é uma teoria amplamente recusada, porque *"uma vocação pura e simples, enquanto atribuição ao chamado de uma certa posição jurídica actual relativamente aos direitos e obrigações que integram a sucessão, parece exigir um destinatário também actual, que seja titular dessa posição jurídica"*<sup>115</sup>. Ora, para isso cai-se na necessidade de ficcionar ou antecipar a personalidade jurídica do concepturo, o que se afigura demasiado artificioso, já que estamos perante um caso de falta total de existência<sup>116</sup>, e uma tal ficção arrastaria consigo outras ficções, pois caso o concepturo não viesse a existir teria de se ficcionar a sua morte para se considerar resolvida a disposição testamentária ou o pacto sucessório. Ademais, a lei ao estabelecer que a herança ou legado deixados a concepturos serão postos em administração por de conta de outros que não os futuros pais do futuro concepturo, demonstra claramente que o legislador não equacionou esta sucessão para que dela resultasse uma vocação pura e simples, caso contrário tal regime seria inútil e a conservação dos bens seria responsabilidade dos futuros pais ao abrigo do poder paternal, tal como estipula o art.º 124<sup>117</sup>.

---

<sup>113</sup> F. CARNELUTTI, Ob. cit., p. 59.

<sup>114</sup> E. SANTOS, Ob. cit., p. 144.

<sup>115</sup> P. COELHO, Ob. cit., p. 97.

<sup>116</sup> P. COELHO, *Ibidem*; E. G. SILVA, Ob. cit. p. 196; C. FERRARA, *Le Successioni Per Causa di Morte: Parte Generale*, Morano Editore, 1980, p. 157; E. SANTOS, *Ibidem*.

<sup>117</sup> P. COELHO, *Ibidem*; M. ARAÚJO, Ob. cit., p. 35; G. OPPO, *Note sull'istituzione di non concepiti*, em *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno II, 1948, p. 72.

## 2.2. Vocação sob *conditio iuris* suspensiva<sup>118</sup>

Segundo esta construção a vocação dos concepturos está subordinada à *conditio iuris* do seu nascimento, isto é, o concepturo é chamado, mas os efeitos da vocação, nomeadamente a atribuição do direito de suceder, ficam dependentes do facto do seu nascimento, não sendo por isso uma vocação actual. Desta forma, estamos perante uma excepção à regra da existência do chamado<sup>119</sup>, uma vez que permite o chamamento de pessoas ainda não existentes. Porém, os seus defensores julgam ser esta a melhor interpretação, tendo em conta o disposto no n.º 2 do art.º 66.<sup>120</sup>.

Fala-se então de uma *conditio iuris*<sup>121</sup>, porque é a lei que exige a verificação de um facto futuro e incerto, que é o nascimento, para a produção dos efeitos da vocação, como resulta da conjugação do n.º 2 do art.º 66.º com a al. a) do n.º 2 do art.º 2033.º, e, simultaneamente, de uma condição suspensiva<sup>122</sup>, pois a vocação só produzirá efeitos após a eventual verificação daquele facto.

É importante ter em conta que a lógica que antecede as condições próprias, as chamadas *conditio facti*, equacionadas pelas partes ao abrigo da liberdade contratual, é a de que um facto condicionante de carácter secundário reprimirá a eficácia de o facto principal já existente.

Ora, o que aqui acontece é substancialmente diferente, pois o facto condicionante é ele próprio um facto essencial da vocação sucessória<sup>123</sup>, o que, todavia, não encontra

<sup>118</sup> Rev. Leg. e Jurisp., 62, p. 94; I. G. TELLES, *Teoria Geral do Fenómeno Jurídico Sucessório, Noções Fundamentais*, Lisboa, 1944, pp. 79-80; A. M. CORDEIRO, Ob. cit., pp. 370-371; P. VASCONCELOS, Ob. cit., p. 84; M. ARAÚJO, Ob. cit., pp. 41-44; C. SOUSA, Ob. cit., p. 288; E. G. SILVA, Ob. cit., pp. 195 e 197; P. COELHO, Ob. cit., pp. 97-98; E. SANTOS, Ob. cit., pp. 144 e 143-145; C. FERRARA, Ob. cit., p. 296; L. C. GONÇALVES, Ob. cit., p. 707, "*a herança é deixada sob condição suspensiva, quer ao herdeiro concepturo, quer aos herdeiros legítimos. Para aquele, a condição é: «se nascer»; para estes, a condição é: «se as pessoas determinadas não tiverem filho algum», ou «se falecerem antes do testador»*".

<sup>119</sup> E. G. SILVA, Ob. cit., p. 195.

<sup>120</sup> E. G. SILVA, Ob. cit., p. 197; no mesmo sentido C. SOUSA, *Ibidem*.

<sup>121</sup> Embora a condição ser uma "*cláusula acessória pela qual as partes fazem depender a vigência do contrato (ou de outro negócio jurídico) da verificação ou não verificação de um facto futuro e objectivamente incerto*" (I. G. TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª Ed., Ref. e Act., Coimbra Editora, 2002, p. 258), a doutrina tem distinguido certas figuras que, embora sendo formalmente condicionais, falta-lhes o "*carácter futuro do facto condicionante, o carácter incerto da sua verificação ou o carácter negocial da sua estipulação*" (P. VASCONCELOS, Ob. cit., p. 606). São as denominadas condições impróprias, nas quais, por não resultarem da vontade das partes, se encontram as *conditiones iuris* (por oposição as *conditiones facti*, as consideradas condições propriamente ditas), que abrangem factos eventuais e futuros a que a própria lei subordinou uma certa eficácia (cfr. I. G. TELLES, Ob. cit., p. 262; A. M. CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil - Parte Geral*, Tomo I, 3.ª Reimp. da 3.ª Ed., Almedina, 2011, pp. 717).

<sup>122</sup> I. G. TELLES, *Teoria Geral do Fenómeno Jurídico Sucessório...*, p. 7.

<sup>123</sup> L. C. GONÇALVES, *Ibidem*; I. G. TELLES, Ob. cit., pp. 7-8.



problemas, pois nas *conditiones iuris*, como vocações impróprias que são, o facto condicionante pode corresponder um requisito ou pressuposto essencial do acto jurídico, sem o qual este não se concretizará, não significando isso qualquer invalidade ou inexistência daquele acto jurídico<sup>124</sup>.

Deste modo, a vocação dos concepturos pode ficar suspensa e à espera que se preencha o pressuposto da existência do chamado, ao qual subjaz a aquisição de personalidade jurídica, que, por sua vez, depende da verificação do facto futuro e incerto que é a concepção ou o nascimento do concepturo.

Apesar de ser a tese mais generalizada, não faltam vozes discordantes, entre as quais PEREIRA COELHO que critica o facto de com ela se admitir a "*vocação, embora condicional, de pessoas ainda não existentes*"<sup>125</sup>, o que se agrava se considerarmos que no regime das condições, uma vez verificada a condição, os seus efeitos retroagem à data da conclusão do negócio, conforme estipula o art.º 276.º, e tratando-se de uma condição suspensiva o negócio considerar-se-ia plenamente celebrado *ab initio*<sup>126</sup>. Transpondo esta lógica para a nossa questão e tendo em conta o disposto no n.º 1 do art.º 2242.º, tal implicaria retroagir a vocação até momento da abertura da sucessão, no qual ainda não existia o chamado, o que constitui uma ficção da personalidade jurídica do concepturo<sup>127</sup>. Para evitar estes problemas, GALVÃO TELLES entende que nestes casos não deve funcionar o princípio da retroactividade, devendo a vocação operar apenas *ex nunc*, a partir do nascimento dos instituídos, não retroagindo os seus efeitos à data da abertura da sucessão, momento em que o destinatário não detinha ainda personalidade jurídica<sup>128</sup>. Não obstante, o A. considera que "*tudo o que ocorrer legitimamente no período intermédio em relação à massa sucessória beneficia ou prejudica o sucessor; assim, por exemplo, pertencem-lhe os frutos produzidos durante esse período (fructus augent hereditatem)*"<sup>129</sup>.

Por último, PEREIRA COELHO não crê que da aproximação feita pelo art.º 2240.º à herança sob condição suspensiva se possa entender que o legislador considera a vocação

<sup>124</sup> L. C. GONÇALVES, Ob. cit., p. 708; Ac. do STJ de 10/12/2009, proc.º n.º 312-C/2000.C1-A.S1 (MOREIRA ALVES).

<sup>125</sup> P. COELHO, Ob. cit., p. 98.

<sup>126</sup> A. M. CORDEIRO, Ob. cit., p. 723; P. VASCONCELOS, Ob. cit., p. 615.

<sup>127</sup> I. G. TELLES, Ob. cit., pp. 79-80

<sup>128</sup> I. G. TELLES, Ob. cit., pp. 80 e 90; P. CORTE-REAL, Ob. cit., p. 198; Contra, E. SANTOS, Ob. cit., pp. 145-147; L. C. GONÇALVES, Ob. cit., p. 710; C. FERNANDES, Ob. cit., p. 158.

<sup>129</sup> I. G. TELLES, Ob. cit., p. 112.

dos concepturos como sendo uma vocação condicional, pois se assim fosse a referida norma seria inútil e desnecessária<sup>130</sup>. Em resposta, ESPINOSA GOMES DA SILVA defende que *"os art.ºs 2237.º a 2239.º - para os quais remete o art. 2240.º - tratam de uma instituição condicional, propriamente dita, em que o herdeiro é instituído sob condição, elemento accidental, introduzido pela vontade do testador. Nada disso acontece na vocação dos concepturos, onde é a própria lei que exige o nascimento para a eficácia da instituição. Por isso, a vocação de concepturos não cabe na previsão dos art.ºs 2237.º a 2239.º. Porém, a lei tendo em conta a semelhança existente entre a conditio facti e a conditio iuris vem, justamente, esclarecer que «o disposto nos art. 2237.º a 2239.º é aplicável à herança deixada a nascituro não concebido, filho de pessoa viva"*<sup>131</sup>.

### **2.3. *Factispecie* negocial em formação**<sup>132</sup>

Pioneiro desta construção, OPPO propõe que olhemos para a sucessão dos concepturos como um negócio incompleto em vias de formação.

Considera o A. que nestes casos, as deixas testamentárias ou as cláusulas antenupciais, embora sendo perfeitas no elemento volitivo, carecem de um destinatário que importa para a existência e não para a eficácia do negócio jurídico<sup>133</sup>. Assim, faltando um elemento essencial à completude do negócio, que é a existência do seu destinatário, o negócio está aberto à espera de conclusão, mas que nem por isso deixa de produzir alguns efeitos preliminares, como a colocação dos bens sob administração, numa demonstração clara de que a ordem jurídica protege o interesse abstrato do concepturo, contando com a possibilidade deste vir a adquirir personalidade jurídica e de o negócio se tornar perfeito<sup>134</sup>.

Consequentemente, somente com a aquisição de personalidade jurídica pelo pretense destinatário é o negócio sucessório estará perfeito, formado e completo, não atuando até aquele momento qualquer vocação sucessória, nem mesmo condicional, não sendo

<sup>130</sup> P. COELHO, Ob. cit., p. 97, n. 1.

<sup>131</sup> E. G. SILVA, Ob. cit., p. 197, n. 2; F. FRANÇA, Ob. cit., p. 94.

<sup>132</sup> G. OPPO, Ob. cit., pp. 66-111; M. ARAÚJO, Ob. cit., pp. 41-44; E. G. SILVA, Ob. cit., pp. 195-197; P. COELHO, Ob. cit., pp. 98-99; E. SANTOS, Ob. cit., pp. 144-145.

<sup>133</sup> G. OPPO, Ob. cit., p. 81.

<sup>134</sup> M. ARAÚJO, Ob. cit., p. 44; P. COELHO, Ob. cit., p. 99.

também esta uma vocação actual<sup>135</sup>, mas, mais importante, não constitui um caso de vocação de pessoas ainda não existentes<sup>136</sup>.

Repare-se que segundo esta teoria, se a aquisição da personalidade jurídica não ocorrer, não se poderá dizer que o negócio sucessório tenha deixado de existir, na verdade ele nunca chegou a existir. Por isso, não se falará de um negócio nulo, mas antes de um negócio inexistente, porque o ciclo formativo é interrompido pela não concepção ou nascimento do concepturo<sup>137</sup>.

A maior crítica apontada a esta tese prende-se com o facto de estarmos no âmbito de negócios unilaterais, o que implica a ideia de que os seus beneficiários estão materialmente fora do negócio, sendo a sua vontade é irrelevante para a validade e eficácia do mesmo, não podendo por isso ser considerados elementos essenciais do próprio negócio<sup>138</sup>. Porém, OPPO<sup>139</sup> não crê que isso signifique que aos negócios unilaterais esteja implícita a desnecessidade de existência dos seus beneficiários, uma vez que só com a existência destes é que a vontade do autor do negócio ganhará relevância jurídica, pois é sobre os beneficiários que esta se materializa, sendo a eles mesmos objecto da vontade negocial<sup>140</sup>. Por conseguinte, a mera previsão da existência do destinatário não é suficiente, sendo imprescindível para a conclusão do negócio a sua existência actual e efectiva<sup>141</sup>.

Outra crítica apontada refere que a lei ao admitir a "*inversão cronológica da fattispecie*"<sup>142</sup> e permitindo que a existência do concepturo surja num momento posterior ao da abertura da sucessão, está indirectamente a considerá-lo como elemento secundário e accidental na sucessão voluntária. Contudo, OPPO julga que o carácter do elemento em falta, ou seja o destinatário do negócio, deve ser encontrado antes e independentemente de qualquer inversão<sup>143</sup>. Fazendo uma analogia com os negócios com prestação impossível, sobre coisa futura ou com destinatário futuro, o A. entende que se tais negócios não são admitidos por lhes faltarem os elementos essenciais, como

<sup>135</sup> G. OPPO, Ob. cit., pp. 102-103.

<sup>136</sup> PEREIRA COELHO, Ob. cit., p. 98. Cfr. E. SANTOS, Ob. cit., p. 145; E. G. SILVA, Ob. cit., p. 195.

<sup>137</sup> G. OPPO, Ob. cit., p. 97; M. ARAÚJO, Ob. cit., p. 44.

<sup>138</sup> P. VASCONCELOS, Ob. cit., pp. 497-501; A. M. CORDEIRO, Ob. cit., pp. 459-462; E. G. SILVA, Ob. cit., p. 197.

<sup>139</sup> G. OPPO, Ob. cit., pp. 81-83.

<sup>140</sup> *Ibidem*, pp. 83-86.

<sup>141</sup> M. ARAÚJO, Ob. cit., p. 46; E. G. SILVA, Ob. cit., pp. 195.

<sup>142</sup> G. OPPO, Ob. cit., p. 86; M. ARAÚJO, *Ibidem*; E. G. SILVA, *Ibidem*.

<sup>143</sup> G. OPPO, Ob. cit., p. 86; M. ARAÚJO, Ob. cit., p. 46.

a possibilidade da prestação e a existência do objecto ou do destinatário, então, também não se poderia admitir a sucessão de concepturos, porque estes constituem um elemento essencial. Porém, não é o que acontece, pois ao admitir esta inversão cronológica a lei está a consagrar uma excepção, tutelando-a durante o intervalo de tempo em que o negócio é imperfeito e está em formação<sup>144</sup>.

Por fim, OPPO diz-nos que se houver um substituto nomeado, nos termos do art.º 2281.º, não haverá dúvidas quanto à existência de um destinatário do negócio e por isso, caso o concepturo não venha a existir, o negócio jurídico em que ele foi instituído terá possibilidade de se tornar válido e eficaz na pessoa do substituto<sup>145</sup>.

## 2.4. Fideicomisso

Por último, defendida em Itália<sup>146</sup>, a tese de que a sucessão dos concepturos reconduz-se a um caso de fideicomisso, baseia-se no facto de o regime da administração da herança ou legado deixados a concepturos comungar de alguns aspectos semelhantes ao do regime das substituições fideicomissárias.

Tal como no regime das substituições fideicomissárias, em que fiduciário fica encarregue de conservar a herança ou legado, para que estes revertam, por sua morte, a favor do fideicomissário, como dispõem os art.ºs 2286.º e 2296.º<sup>147</sup>; na sucessão de concepturos os bens hereditários são entregues a um administrador com a obrigação de os devolver assim que aqueles adquiram personalidade jurídica.

Em ordens jurídicas que não consagram a sucessão directa do concepturo, optou-se por incluí-los no instituto das substituições. Deste modo, na ordem jurídica alemã, o concepturo só pode suceder como herdeiro ou legatário fideicomissário, como retrata o § 2101, n.º 1, do BGB. Por seu turno, embora proibindo as substituições fideicomissárias no seu art.º 896.º, o CC Francês admite as substituições a favor de netos nascidos ou por nascer do testador, no seu art.º 1048.º.

<sup>144</sup> G. OPPO, Ob. cit., pp. 86-96; M. ARAÚJO, Ob. cit., p. 47.

<sup>145</sup> G. OPPO, Ob. cit., pp. 100-102; M. ARAÚJO, Ob. cit., p. 50.

<sup>146</sup> TRIPICCIÓN, *La delazione legittima dell'eredità nel caso di mancato avvento dei nascituro non concepiti*, na *Rivista di Diritto Civile*, Anno XIV, 1922, p. 477; E. G. SILVA, Ob. cit., p. 193, n. 2; M. ARAÚJO, Ob. cit., p. 32, n. 1.

<sup>147</sup> E. SANTOS, *Ibidem*; M. ARAÚJO, Ob. cit., pp. 32-33; P. COELHO, Ob. cit., p. 99, n. 1.

Contudo, entre nós esta tese não vence. Conforme estipulam os n.ºs 1 e 2 do art.º 2290.º, o fiduciário não é visto como um mero administrador<sup>148</sup>, mas sim como um proprietário periódico e limitado<sup>149</sup>, com o ónus de conservação da herança ou legado que o impede de dispor livremente do bem, em prol da tutela da expectativa do fideicomissário<sup>150</sup>. Ora estas prerrogativas não se compaginam com os já referidos poderes atribuídos ao administrador da herança ou legado do concepturo, que é apenas uma espécie de curador provisório<sup>151</sup>. Acresce o facto de o fiduciário ser chamado à sucessão, havendo um chamamento duplo e sucessivo à sucessão do mesmo *de cujus*, primeiro do fiduciário e depois do fideicomissário, no momento da morte do fiduciário<sup>152</sup>. Todavia, não é isto que sucede na sucessão do concepturo, em que há uma única vocação, que se dirige ao concepturo e nunca ao administrador, pois assim que o concepturo adquire personalidade jurídica, a administração cessa sem aquele ter de esperar pela morte do administrador<sup>153</sup>.

### 3. Situação Jurídica dos Bens

Excluindo a hipótese da vocação pura e do fideicomisso, em todas as outras teorias os direitos sobre os bens hereditários deixados a concepturos subsistem sem titular durante o momento da abertura da sucessão até ao momento da concepção ou nascimento daquele ente, não obstante, a massa de bens ser posta sob administração e conservada pela ordem jurídica no estado em que se encontrava ao tempo da morte do *de cuius*<sup>154</sup>.

Urge então saber a quem pertencem os bens hereditários ou quem é o titular dos respectivos direitos neste intervalo de tempo.

Por força do n.º 1 do art.º 68.º, com a morte cessa a personalidade jurídica e com ela a susceptibilidade de se ser titular de direitos e obrigações, o que coloca o *de cujus* fora daqueles aos quais poderiam pertencer os direitos hereditários. Estes também não pertencerão ao concepturo, visto não ter ainda adquirido personalidade jurídica, quer para aqueles que defendem que esta se adquire com a concepção e muito menos para

<sup>148</sup> E. SANTOS, Ob. cit., pp. 144-145; E. G. SILVA, *Ibidem*; M. ARAÚJO, Ob. cit., pp. 32-33; P. COELHO, Ob. cit., p. 33.

<sup>149</sup> C. SOUSA, Ob. cit., p. 222; P. LIMA e A. VARELA, Ob. cit., p. 458.

<sup>150</sup> P. LIMA e A. VARELA, *Ibidem*.

<sup>151</sup> E. SANTOS, Ob. cit., p. 145.

<sup>152</sup> P. LIMA e A. VARELA, Ob. cit., p. 451; J. D. PINHEIRO, Ob. cit., p. 206; P. CORTE-REAL, Ob. cit., p. 261; E. SANTOS, Ob. cit., p. 210; O. ASCENSÃO, Ob. cit., pp. 217-219; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 232-233.

<sup>153</sup> E. SANTOS, Ob. cit., p. 145; M. ARAÚJO, Ob. cit., pp. 33-34.

<sup>154</sup> M. ARAÚJO, Ob. cit., p. 51; E. SANTOS, Ob. cit., p. 277; F. FRANÇA, Ob. cit., pp. 94-95.

aqueles que defendem que se adquire apenas com o nascimento. Por fim, o administrador não será também o titular destes direitos, pois tal prerrogativa não se encontra no elenco de poderes que lhe cabem e que constam da conjugação do art.º 2239.º com o art.º 94.º. Posto isto, pergunta-se: *a quem pertencem os bens ou direitos hereditários?*

### 3.1. Herança Jacente

Uma primeira construção vai no sentido de que, durante esse período, a herança é jacente<sup>155</sup>. Defendida por STOLFI, esta teoria surgiu num momento em que o art.º 861.º do CC Italino de 1865 estipulava que os administradores dos bens deixados a conceptuos tinham os mesmos direitos e obrigações imposto aos curadores da herança jacente<sup>156</sup>. Assim, durante o período de tempo em que o sucessível é apenas determinável, a propriedade dos bens fica imobilizada e todas as relações hereditárias em suspenso, ficando a cargo do administrador a sua conservação dos bens, sem que deles se possa dispor até que se estabeleça em concreto o seu destinatário<sup>157</sup>.

Demarcando-se da teoria dos direitos sem sujeitos, o A. defende que nestes casos há desde do início um sucessível, titular do direito de suceder, todavia, é um sucessível incógnito que cria uma incerteza subjectiva a ser resolvida num momento posterior, com o nascimento ou a certeza de que este não se dará<sup>158</sup>. Nesta construção o nascimento adquire um valor declarativo e, juntamente com o princípio da retroactividade, consolidará a atribuição do direito desde o momento da abertura da sucessão<sup>159</sup>.

Algumas objecções são levantadas acerca desta solução. A primeira objecção recorda que uma das teorias, embora não maioritária, em torno da natureza jurídica da herança jacente<sup>160</sup> sustenta que esta é dotada de personalidade jurídica, fruto de lhe ser reconhecida personalidade judiciária pela alínea a) do art.º 12.º do CPC, o que a ser verdade colocaria o concepturo, "*não como sucessor do de cuius, mas dessa pessoa*

<sup>155</sup> G. STOLFI, Ob. cit., p. 145.

<sup>156</sup> G. STOLFI, Ob. cit., p. 452.

<sup>157</sup> G. STOLFI, Ob. cit., pp. 453.

<sup>158</sup> G. STOLFI, Ob. cit., pp. 453-455.

<sup>159</sup> G. STOLFI, Ob. cit., pp. 454-455.

<sup>160</sup> P. COELHO, Ob. cit., pp. 149-152; C. SOUSA, *Lições...*, II, pp. 9-10; C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 251-254; O. ASCENSÃO, *Direito Civil - Sucessões...*, 2000, pp. 396-400; E. G. SILVA, Ob. cit., p. 270; P. CORTE-REAL, Ob. cit., p. 268; E. SANTOS, Ob. cit., pp. 276-277.

*jurídica, o que é absurdo e inaceitável*"<sup>161</sup>. A segunda objecção sublinha que a ser esta a solução, o legislador não teria previsto o n.º 1 do art.º 2240.º, que como sabemos prevê a administração da herança ou legado deixados ao concepturo <sup>162</sup>.

### 3.2. Direitos Sem Sujeitos

Outra construção que tem vindo a ser utilizada para explicar esta situação é aquela segundo a qual os direitos do *de cuius* mantêm-se como direitos, mas temporariamente, até à concepção ou nascimento do sucessível, sem sujeito <sup>163</sup>. Como escreve CARVALHO FERNANDES, para uma melhor compreensão desta tese, é importante estabelecer que se entende o direito subjectivo <sup>164</sup> como "*um poder jurídico, ou seja, um conjunto de meios de actuação jurídica que permitem a satisfação de interesses individuais, legítimos, mediante o aproveitamento de utilidades de um bem a eles affecto*"<sup>165</sup>, o que, na visão do A., retira a relevância central dada à vontade individual e a pessoa dela portadora <sup>166</sup>. Deste modo, o A. considera não existirem motivos dogmáticos que impeçam a subsistência de um direito subjectivo sem que esteja efectivamente atribuído a um titular concreto, apesar de abstratamente determinado, desde que e somente se, a lei tiver assegurado meios de consistência e prática jurídica, de modo a conservar o bem que é objecto desse direito subjectivo, na medida em que a posição jurídica do futuro titular não seja afectada <sup>167</sup>.

Ora é exactamente isto que o A. considera acontecer aos direitos na sucessão de concepturos. Com a morte do *de cuius* deixa de existir titular dos direitos que lhe pertenciam, embora alguns se extingam, como dita o art.º 2025.º, outras mantêm-se activos e à espera de um novo titular que neles suceda. Este novo titular é, regra geral, existente ao tempo da abertura da sucessão, mas pode acontecer, como no caso dos concepturos, que tal não se verifique. Nestes casos, falta uma pessoa a quem,

<sup>161</sup> M. ARAÚJO, Ob. cit., p. 51.

<sup>162</sup> M. ARAÚJO, *Ibidem*; E. SANTOS, Ob. cit., p. 145; F. CARNELUTTI, Ob. cit., p. 57; C. FERRARA, Ob. cit., p. 155, n. 62; L. C. GONÇALVES, Ob. cit., p. 707.

<sup>163</sup> C. FERNANDES, Ob. cit., pp. 156-158; I. G. TELLES, *Introdução...*, II, p. 167, n. 239; P. COELHO, Ob. cit., p. 99, n. 2.

<sup>164</sup> Sobre diferentes teorias de direito subjectivo cfr. A. M. CORDEIRO, Ob. cit., pp. 313-334; P. VASCONCELOS, Ob. cit., pp. 255-256; C. FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil - Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, Vol. II, 5.ª E., Rev. e Act., Universidade Católica Editora, 2010, pp. 567-581.

<sup>165</sup> C. FERNANDES, *Lições...*, p. 157 e *Teoria...*, II, pp. 579-581; cfr. O. ASCENSÃO, Ob. cit., p. 79; M. G. SILVA, *Dever de Prestar e Dever de Indemnizar*, Lisboa, 1944, p. 85.

<sup>166</sup> C. FERNANDES, *Lições...*, p. 157

<sup>167</sup> C. FERNANDES, *Teoria...*, I, pp. 127-128 e 205; C. FERNANDES, *Lições...*, p. 157.

imediatamente, possa ser atribuídos os direitos hereditários que lhe foram deixados. Porém, esta é uma carência temporária, que será resolvida num de dois sentidos possíveis: ou o concepturo nasce e, adquirindo personalidade, torna-se titular daqueles direitos; ou o concepturo não chega a nascer, sendo aqueles direitos atribuídos à pessoa, que segundo as regras da sucessão, os deverá receber<sup>168</sup>. Para além disso, como é próprio da figura dos direitos sem sujeito, no espaço de tempo em que se espera pelo aparecimento do titular, a lei providenciou pela administração dos bens deixados ao concepturo, através do n.º 1 do art.º 2240.<sup>169</sup>

Concluindo, o A. assinala que se deve fazer funcionar o princípio da retroactividade, considerando-se que a aquisição dos bens se deu desde o momento da morte do *de cuius*, por ser esta a solução que melhor se coaduna com o disposto no n.º 2 do art.º 66.º e com regime geral do Direito das Sucessões, "*por força do qual os efeitos dos vários factos integradores do fenómeno sucessório se referem à morte do de cuius*"<sup>170</sup>.

É também esta a posição de CASTRO MENDES<sup>171</sup> que, não contestando o facto de a lei permitir a atribuição de direitos a concepturos, sendo exemplo disso a permissão da al. a) do n.º 1 do art. 2033.º, considera porém que estes não entram logo na sua esfera jurídica, que para o A. não existe antes do nascimento, conforme interpretação dada ao n.º 2 do art.º 66.º<sup>172</sup>. Consequentemente, defende que "*antes do nascimento, tais direitos encontram-se na situação (...) de direitos sem sujeito (relações jurídicas imperfeitas)*"<sup>173</sup>. Assim, os bens serão conservados em administração, por imposição do n.º 1 do art.º 2240.º<sup>174</sup>, até que se verifique o nascimento do concepturo, momento em que adquire todos os direitos que lhe estão reservados<sup>175</sup>. Todavia, o A. não adere à ideia de retroação da aquisição ao momento da morte do *de cuius*. Para o A. a conservação dos bens sob administração, permite que o concepturo, no momento em que nasça, seja restituído de tudo quando é seu, tanto o direito como rendimentos e

<sup>168</sup> C. FERNANDES, *Lições...*, p. 158.

<sup>169</sup> C. FERNANDES, *Teoria...*, I, pp. 205-206; C. FERNANDES, *Lições...*, pp. 157-158

<sup>170</sup> C. FERNANDES, *Lições...*, p. 158

<sup>171</sup> J. C. MENDES, Ob. cit., *Ibidem*.

<sup>172</sup> J. C. MENDES, Ob. cit., pp. 220-223.

<sup>173</sup> J. C. MENDES, Ob. cit., p. 223.

<sup>174</sup> J. C. MENDES, Ob. cit., pp. 223-225.

<sup>175</sup> J. C. MENDES, Ob. cit., p. 226.



frutos, sem que para isso seja necessário fazer funcionar o princípio da retroactividade<sup>176</sup>.

### 3.3. Estados de Vinculação

Por fim, para aqueles que recusam a tese dos direitos sem sujeito, tem sido proposto, como defende MANUEL DE ANDRADE, que no período de pendência não existem verdadeiros direitos, mas antes "*meros estados de vinculação de certos bens, em vista da possível superveniência de um titular para eles, e portanto de um direito que lhes corresponda*"<sup>177</sup>.

Ao contrário dos adeptos da teoria dos direitos sem sujeito, os defensores desta teoria conceptualizam o direito subjectivo como o "*poder de exigir ou pretender atribuído pela ordem jurídica a uma pessoa (...) sujeito de direito*"<sup>178</sup>, o que implica e pressupõe a existência de uma pessoa jurídica, pois todo o "*poder tem de estar conexionado a um sujeito (...) que o exerce ou em nome do qual seja exercitado*"<sup>179</sup>. Deste modo, como refere MOTA PINTO, "*há que reconhecer que efectivamente as noções de poder e de dever (...) jurídicos (...) implicam a ideia de um sujeito. Se há relação jurídica tem de haver sujeito de poder e sujeito da obrigação*"<sup>180</sup>

Consequentemente, os bens pertencentes ao património hereditário, no período de pendência, são vistos como potenciais objectos de possíveis e expectáveis direitos a constituir na esfera jurídica do concepturo assim que for concebido ou nascer<sup>181</sup>. Por outras palavras, o bem, por não estar associado a um direito, não passa por isso a ser livre e passível de entrar e circular no mercado jurídico, mas antes a estar tuteladamente, por força do n.º 1 do art.º 2240.º, vinculado à expectativa do surgimento futuro da pessoa com direito futuro sobre eles<sup>182</sup>.

---

<sup>176</sup> *Ibidem*, pp. 226-227, cfr. também C. A. M. PINTO, Ob. cit., p. 199 "*não se descortinando um sujeito (...) parece preferível à da relação jurídica imperfeita ou com obnubilação do sujeito, a tese dos estados de vinculação dos bens, não chegando se quer a existir ainda direitos subjectivos*".

<sup>177</sup> M. ANDRADE, *Teoria...*, I, p. 35; cfr. também C. A. M. PINTO, Ob. cit., p. 197; M. ARAÚJO, Ob. cit., p. 52; Contra, P. COELHO, Ob. cit., p. 99, n. 2, "*se não há direitos, é porque eles se extinguíram; mas se se extinguíram, como se compreende que depois renasçam na esfera jurídica dos instituídos tais como eram na do autor da sucessão?*".

<sup>178</sup> M. ANDRADE, Ob. cit., pp. 34-35.

<sup>179</sup> M. ANDRADE, Ob. cit., p. 35.

<sup>180</sup> C. A. M. PINTO, *Ibidem*.

<sup>181</sup> M. ANDRADE, *Ibidem*.

<sup>182</sup> C. A. M. PINTO, Ob. cit., p. 196; M. ANDRADE, *Ibidem*.

Na esteira de PEREIRA COELHO, não nos parece que seja este o caminho certo, não fazendo sentido o facto de não haver direitos, mas posteriormente, no momento da concepção ou do nascimento, considerar que renascem na esfera jurídica dos concepturos tais como eram na esfera jurídica do *de cujus*<sup>183</sup>.

#### 4. Partilha

Como refere CARVALHO FERNANDES, "*a sucessão atinge o fim último que a domina e a legitima com a entrada dos bens da herança no património dos sucessores*"<sup>184</sup>, ou seja, com a partilha. Para o estudo da partilha no âmbito da sucessão dos concepturos há que distinguir duas hipóteses: a primeira, que no quadro dos sucessíveis só constem concepturos e que ainda nenhum exista; a segunda, que entre os chamados, além das pessoas vivas, haja pelo menos um concepturo.

Nos casos da primeira hipótese não se colocam quaisquer problemas, dado que, não existindo ainda os sucessíveis instituídos, não haverá lugar a partilha, mas somente a um possível arrolamento dos bens<sup>185</sup> ou inventário-arrolamento<sup>186</sup>, entregando-se os bens à administração, nos já referidos termos do n.º 1 do art.º 2240.<sup>o</sup><sup>187</sup>.

Pelo contrário, as situações da segunda hipótese apresentam uma vasta complexidade que tem dividido a doutrina. Tendo em conta que, segundo o n.º 1 do art.º 1412.º e o art.º 2101.<sup>o</sup><sup>188</sup>, ninguém é obrigado a permanecer na indivisão e qualquer co-herdeiro tem o direito de exigir a partilha, mas que, devido à incerteza que comporta esta situação, não se sabe, no momento da abertura da sucessão, quantos sucessíveis existem, pergunta-se: *como e quando se faz a partilha?*

A doutrina divide-se entre aqueles que defendem a não realização da partilha, conservando-se a herança sob administração ou em comunhão temporária obrigatória, e

<sup>183</sup> P. COELHO, Ob. cit., p. 99, n. 2.

<sup>184</sup> C. FERNANDES, Ob. cit., p. 330.

<sup>185</sup> M. ARAÚJO, Ob. cit., p. 110.

<sup>186</sup> J. L. L. CARDOSO, Ob. cit., pp. 104 e 215-250.

<sup>187</sup> E. SANTOS, Ob. cit., p. 142; M. ARAÚJO, *Ibidem*; J. L. L. CARDOSO, Ob. cit., p. 104.

<sup>188</sup> J. L. L. CARDOSO, Ob. cit., p. 106 "*não se diga em contrário que esta regra só a estabelece a lei para os comproprietários (...) aquele que já é herdeiro tem, por esse facto, direito a uma quota no acervo hereditário e, enquanto não partilhada a herança, ele é comproprietário com os demais que vierem a ter aquela qualidade. A ignorância de quais e quantos sejam estes não tira nem põe para o problema considera, visto que a indivisão do todo gera a compropriedade nas quotas ideais desse todo*"; P. COELHO, Ob. cit., p. 93; E. SANTOS, Ob. cit., p. 143; M. ARAÚJO, Ob. cit., p. 111; C. SOUSA, *Lições...*, I, p. 288, n. 728; L. C. GONÇALVES, Ob. cit., p. 709.

aqueles que a admitem, mediante a realização de uma partilha aproximativa ou de uma partilha sob condição resolutiva<sup>189</sup>.

#### 4.1. Não Realização da Partilha

Independentemente da construção optada, a ideia de não se proceder à partilha foi objecto de algumas objecções. Desde logo por retardar excessivamente, por vezes anos, o momento da partilha, o que desfavorece os interesses dos herdeiros já existentes<sup>190</sup> e, em consequência, representa também uma clara violação do n.º 1 do art.º 1412.º e o art.º 2101.<sup>191</sup> Além disso, não respeita a provável vontade do testador, que não teria intenção de deixar os herdeiros como administradores ou como comproprietários<sup>192</sup>, o que limita os poderes dos herdeiros já existentes e impedindo que possam dispor total e livremente dos seus bens<sup>193</sup>. Vejamos agora as soluções preconizadas.

##### 4.1.1. Herança sob administração

Os que defendem esta solução consideram que, havendo um concepturo instituído, a partilha não é possível, devendo a herança permanecer indivisa<sup>194</sup> até que haja a certeza de que não surgirão mais sucessíveis<sup>195</sup>. É esta a solução adoptada pelo ordenamento jurídico alemão, no parágrafo §2043, n.º 1, do BGB, na qual se pode ler que, se as quotas da herança ainda não forem determinadas por faltar o nascimento de um co-herdeiro, a partilha deve ser adiada até que tal indeterminação seja removida. O motivo desta posição prende-se com a necessidade de salvaguardar o interesse do concepturo, que no futuro poderia ver-se prejudicado, por não conseguir adquirir a sua quota em virtude da insolvibilidade dos outros sucessores ou de terem desaparecido as garantias<sup>196</sup>.

CASTRO MENDES<sup>197</sup> e PAMPLONA CORTE-REAL<sup>198</sup> consideram então que a herança se deve conservar sob administração, podendo os herdeiros vivos, a

<sup>189</sup> P. COELHO, Ob. cit., pp. 92-96; E. SANTOS, Ob. cit., pp. 142-143; M. ARAÚJO, Ob. cit., pp. 110-113.

<sup>190</sup> P. COELHO, Ob. cit., p. 93; G. STOLFI, Ob. cit., p. 476.

<sup>191</sup> L. C. GONÇALVES, *Ibidem*.

<sup>192</sup> P. COELHO, Ob. cit., pp. 93-94; M. ARAÚJO, Ob. cit., pp. 111 e 116; E. SANTOS, Ob. cit., p. 143; L. C. GONÇALVES, Ob. cit., pp. 709-710.

<sup>193</sup> M. ARAÚJO, Ob. cit., p. 116.

<sup>194</sup> C. SOUSA, *Lições...*, II, pp. 80-82.

<sup>195</sup> L. C. GONÇALVES, Ob. cit., p. 709.

<sup>196</sup> M. ARAÚJO, Ob. cit., p. 111.

<sup>197</sup> J. C. MENDES, *Acerca da situação da herança atribuída a nascidos e nascituros*, em *Jornal do Foro* n.º 21, 1957, pp. 135-148.

requerimento e mediante o pagamento de uma caução, serem os administradores de toda a herança. Segundo CASTRO MENDES, havendo um concepturo no quadro dos sucessíveis, a devolução relativa a todos os herdeiros ficaria suspensa<sup>199</sup>, até que se ter conhecimento do número total de herdeiros, pois só nesse momento é que será possível determinar a quota de cada um<sup>200</sup>. Quanto às críticas, o A. defende que o princípio segundo o qual ninguém é obrigado a permanecer na indivisão pode ter, "*como todas as regras, exceções legais*"<sup>201</sup>, sendo este um delas.

#### 4.1.2. Comunhão temporária obrigatória

Por sua vez, STOLFI<sup>202</sup> pensa ser preferível uma comunhão temporária obrigatória entre os herdeiros já existentes até que surja o concepturo ou haja certeza de que não surgirá<sup>203</sup>. Ciente das críticas que lhe são dirigidas, nomeadamente o facto de a comunhão forçada ser contrária ao regime da administração da herança sob condição suspensiva, que aqui se aplica por remissão do n.º 1 do art.º 2240.º, e sendo impossível a comunhão cujos comproprietários sejam hipotéticos<sup>204</sup>, STOLFI não as considera suficientemente fortes para mudar de posição<sup>205</sup>.

### 4.2. Realização da Partilha<sup>206</sup>

#### 4.2.1. Partilha aproximativa

Passando para aqueles que defendem a realização da partilha, comecemos por quem propõem uma partilha aproximativa<sup>207</sup>. Pretendem os seus defensores que o tribunal proceda à partilha dos bens, tendo em conta os herdeiros já existentes e os que provavelmente existirão, fazendo um juízo de probabilidade e tomando em consideração "*todas as circunstâncias e elementos de probabilidade, nomeadamente a idade do progenitor, a fim de determinar aproximadamente o número eventual de herdeiros que*

---

<sup>198</sup> P. CORTE-REAL, Ob. cit., p. 200.

<sup>199</sup> Em relação aos nascituros *lato sensu*, porque lhes falta personalidade jurídica. Em relação aos restantes herdeiros, a devolução começa, mas fica suspensa, pois o direito de suceder está incompleto por indeterminação do seu objecto mediato, ou seja, da quota da herança correspondente. Cfr. J. C. MENDES, Ob. cit., pp. 139-140.

<sup>200</sup> J. C. MENDES, Ob. cit., pp. 140-141.

<sup>201</sup> J. C. MENDES, Ob. cit., p. 143.

<sup>202</sup> G. STOLFI, Ob. cit., pp. 475-476.

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 475

<sup>204</sup> L. C. GONÇALVES, *Ibidem*.

<sup>205</sup> G. STOLFI, Ob. cit., pp. 475-476.

<sup>206</sup> Ac. do TRL de 08/06/1995, proc.º n.º 0005856 (CRUZ BROCO).

<sup>207</sup> P. COELHO, Ob. cit., p. 94; E. SANTOS, *Ibidem*; M. ARAÚJO, Ob. cit., p. 111; J. C. MENDES, Ob. cit., pp. 146-148; L. C. GONÇALVES, Ob. cit., pp. 709-710.

*possam vir a nascer*"<sup>208</sup>. Feita a partilha, a herança ou legado atribuídos aos concepturos são postos em administração, nos termos do n.º 1 do art.º 2240.º<sup>209</sup>.

Consequentemente, caso falhe a estimativa, fica salvaguardada a possibilidade de se proceder a uma correcção, mediante partilha suplementar. Assim, como refere CUNHA GONÇALVES, havendo mais filhos gerados do que aqueles que se contava haver, proceder-se-á a uma dedução das partes atribuídas aos herdeiros existentes, para se compor o quinhão dos que entretanto surgiram, mas se aqueles forem em número inferior ao que se pensava virem a ser gerados, as sobras deverão ser adicionadas as partes já distribuídas<sup>210</sup>.

A grande dificuldade desta tese resume a esta pergunta "*como fazer um cálculo dos filhos que certo indivíduo vai ter durante a sua vida?*"<sup>211</sup>, que, consequentemente, consubstancia a sua maior crítica, pois toda a consistência da partilha à mercê do do livre arbítrio do juiz, o que comporta um risco insustentável, visto que as possibilidades de variação são extremamente elevadas e imprevisíveis<sup>212</sup>.

#### 4.2.2. Partilha sob condição resolutiva

Resta-nos falar da tese da partilha sob condição resolutiva, que encontra vários adeptos, entre os quais RICCI<sup>213</sup>, JOSÉ TAVERES<sup>214</sup>, LOPES CARDOSO<sup>215</sup>, PEREIRA COELHO<sup>216</sup>, CAPELO DE SOUSA<sup>217</sup> e EDUARDO DOS SANTOS<sup>218</sup>, sendo também esta a posição do IRN<sup>219</sup>.

Deste modo, "*à morte do testador, a herança será repartida pelos herdeiros já existentes nesse momento, mas a partilha fica sujeita à condição resolutiva de*

<sup>208</sup> E. SANTOS, *Ibidem*.

<sup>209</sup> L. C. GONÇALVES, Ob. cit., p. 710; J. C. MENDES, Ob. cit., p. 147.

<sup>210</sup> L. C. GONÇALVES, Ob. cit., p. 709.

<sup>211</sup> J. C. MENDES, Ob. cit., p. 148.

<sup>212</sup> P. COELHO, Ob. cit., p. 94; M. ARAÚJO, Ob. cit., p. 112; E. SANTOS, *Ibidem*; L. C. GONÇALVES, Ob. cit., p. 710.

<sup>213</sup> F. RICCI, *Corso Teorico-Pratico di Diritto Civile*, Vol. III, 3ª Ed., Editrice Torinese, 1923, p. 285-286.

<sup>214</sup> J. TAVERES, Ob. cit., pp. 234-235.

<sup>215</sup> L. CARDOSO, Ob. cit., p. 107.

<sup>216</sup> P. COELHO, Ob. cit., pp. 95-99.

<sup>217</sup> C. SOUSA, Ob. cit., I, p. 247.

<sup>218</sup> E. SANTOS, Ob. cit., p. 143.

<sup>219</sup> IRN, Parecer proferido no proc.º C.N. 35/2012 SJC-CT, p. 4.

*posteriormente nascerem mais filhos*"<sup>220</sup>, ficando aqueles obrigados a "*recomporem sucessivamente o respectivo quinhão aos herdeiros que de futuro forem nascendo*"<sup>221</sup>.

Assim, os herdeiros actuais ficam "*proprietários resolúveis, sujeitos ao regime especial de propriedade resolúvel*"<sup>222</sup>, *de modo que, a todo o tempo, os herdeiros que venham a nascer poderão reivindicar a sua parte*"<sup>223</sup>, desfazendo-se a partilha feita e procedendo-se a uma nova partilha<sup>224</sup>.

Para garantir mais eficazmente os interesses do concepturo, impõe-se ainda a sujeição a registo predial obrigatório da condição resolutiva<sup>225</sup>, tal como consta da alínea c) do n.º 1 do art.º 2.º do CRPr. Desta forma, os concepturos ficam abrangidos por "*tutela real, podendo eles reivindicar os bens que lhes pertencem ainda que os bens já se encontrem nas mãos de terceiros, para quem tenham sido transferidos*"<sup>226</sup>, servindo igualmente de limite à disposição dos bens, pois vem dificultar a dissipação do património hereditário<sup>227</sup>.

Algumas críticas tecem-se acerca desta tese. A primeira, comum a todas as anteriores, é a de que esta construção é contrária à vontade do *de cuius*, que não quis que onerar o património hereditário com uma condição resolutiva<sup>228</sup>. A segunda, que o n.º 1 do art.º 2238.º, aplicável por remissão do n.º 1 do art.º 2240.º, dispõe que a herança ou legado atribuídos a concepturo ficam em administração que deverá ser entregue aos co-herdeiros incondicionais, o que faz destes meros administradores e não proprietários resolúveis das quotas dos concepturos<sup>229</sup>. A terceira, que tal construção não encontra expressão na lei, devido a excepcionalidade dos casos de propriedade resolúvel, como

<sup>220</sup> P. COELHO, Ob. cit., p. 95.

<sup>221</sup> E. SANTOS, *Ibidem*.

<sup>222</sup> Ac. do TRC de 07/02/2012, proc.º n.º 358/06.8TBSRE.C2 (CARLOS QUERIDO), "*O que caracteriza e diferencia o direito de propriedade resolúvel é a sua natureza revogável. Trata-se de um direito sujeito a condição resolutiva, na pendência da qual produz todos os seus efeitos. Caso se verifique a condição, tais efeitos desaparecem como se não se houvessem produzido, porque a mesma opera retroactivamente. Caso não se verifique, o direito consolida-se na sua plenitude*". Cfr. J. A. VIEIRA, *Direitos reais*, Coimbra Editora, 2008, p. 672.

<sup>223</sup> J. L. L. CARDOSO, Ob. cit., p. 107; P. COELHO, *Ibidem*; E. SANTOS, *Ibidem*.

<sup>224</sup> E. SANTOS, *Ibidem*; P. COELHO, *Ibidem*; J. TAVARES, *Sucessões e Direito Sucessório*, Vol. I, França Amado - Editora, 1903, p. 218; F. RICCI, Ob. cit., p. 285, este autor propõe antes que o herdeiro existente fosse proprietário absoluto da sua quota e administrador da quota dos concepturos.

<sup>225</sup> C. SOUSA, *Lições...*, I, p. 288, n. 728; P. COELHO, *Ibidem*; M. ARAÚJO, Ob. cit., pp. 116-117; J. L. L. CARDOSO, Ob. cit., 108.

<sup>226</sup> P. COELHO, *Ibidem*.

<sup>227</sup> M. ARAÚJO, Ob. cit., p. 117.

<sup>228</sup> J. C. MENDES, Ob. cit., p. 145; L. C. GONÇALVES, *Ibidem*.

<sup>229</sup> J. C. MENDES, *Ibidem*; L. C. GONÇALVES, *Ibidem*.

dita o n.º 2 do art.º 1307.º, e à inexistência de preceito legal que possibilite a realização de sucessivas partilhas correctivas<sup>230</sup>.

Por último, coloca-se um outro problema de saber se esta partilha deve ser feita extrajudicialmente ou segundo os trâmites do processo de inventário.

Conforme estipula o n.º 1 do art.º 2102.º, havendo acordo de todos os interessados, a partilha pode seguir a forma extrajudicial, ditando o n.º 2 os casos em que a partilha terá de seguir a via judicial. É certo que este preceito não se refere expressamente às situações de quotas ou legados concedidos a concepturos, mas à partida será de excluir a via extrajudicial, pois enquanto não forem concebidos ou nascerem os sucessíveis, não se poderá dizer que o quadro dos interessados está completo, sendo impossível o consenso desejado, pois o administrador não pode suprir a falta de consentimento, uma vez que tal não se enquadra nos seus poderes, nem mesmo o progenitor, porque isso envolveria assuntos referentes à administração que lhe estão vedados pelo n.º 1 do art.º 2240.<sup>231</sup>.

Assim, uma vez que estão em causa interesses e expectativas complexas, exigindo-se uma tutela especial dos direitos do concepturo, entende o IRN que estas situações assemelham-se às que determinam o recurso ao processo de inventário *"quando as circunstâncias do interessado impedem a declaração negocial e a lei não providencia um esquema de representação em cujos limites se contenha o consentimento (anuência aos termos e condições da partilha) a que alude o art.º 2102.º do CC, obrigando a que o acerto do interesse do sucessível se faça no âmbito do processo de inventário"*<sup>232</sup>.

---

<sup>230</sup> J. C. MENDES, Ob. cit., p. 146.

<sup>231</sup> IRN, Parecer proferido no proc.º C.N. 35/2012 SJC-CT, pp. 6-7.

<sup>232</sup> IRN, Parecer proferido no proc.º C.N. 35/2012 SJC-CT, p. 7.

## V. CONCLUSÃO

O concepturo é um nada, ao qual a lei, dependente de certos requisitos e pressupostos, atribui uma certa operacionalidade, permitindo que lhe sejam atribuídas prerrogativas jurídicas, como aquela que decorre da al. a) do n.º 1 do art.º 2033.º e que dá a possibilidade de aquele ser designado para na sucessão voluntária, desde que seja filho de pessoa determinada e viva ao tempo da abertura da sucessão.

Assim, destacando as particularidades da sucessão dos concepturos no decurso do fenómeno jurídico-sucessório, estas surgem, essencialmente, na fase da vocação sucessória, aquando da tentativa de preenchimento do pressuposto da existência do chamado, e na fase da capacidade sucessória, pois não tendo o concepturo qualquer tipo de existência biológica, não há como reconhecer-lhe personalidade jurídica e muito menos capacidade jurídico-sucessória.

Quanto à capacidade sucessória poder-se-á entender que o preceito *supra* mencionado, numa inserção pouco feliz, apenas tencionada consagrar a possibilidade legal, expressa, de o *de cujus* incluir concepturos na sua sucessão, por testamento ou pacto sucessório, não representando, assim, qualquer forma de atribuição ou reconhecimento de uma capacidade sucessória.

Por outro lado, no âmbito da fase da vocação sucessória o problema adensa-se, sendo imperativo determinar a natureza jurídica da vocação do concepturo e compatibilizá-la com o pressuposto da existência do chamado.

De todas as teorias propostas, é nosso entendimento ser de rejeitar a teoria de uma vocação pura e a teoria do fideicomisso, por aderirmos às críticas que lhes são dirigidas. Deste modo, a solução legal para a presente problemática encontrar-se-á na teoria da vocação sob *conditio iuris* suspensiva ou na teoria do *factispecie* em formação.

Em termos de consequências normativas, ambas as teorias acabam por ser equivalentes, o que consideramos ser o ponto nevrálgico da questão: a vocação sucessória do concepturo não pode ocorrer no momento da abertura da sucessão, mas apenas posteriormente no momento em que aquele adquire personalidade jurídica, quer este coincida ou não com o do nascimento, completo e com vida. Por conseguinte, é uma vocação directa, mas deferida para o momento se verifica o facto condicionante que faz cessar a suspensão legal ou para o momento em que o negócio se completa.



Deste modo, qualquer uma das teorias consegue justificar de forma razoável a admissibilidade da sucessão de concepturos, embora com uma vocação coartada, como vimos, conciliando a vocação com a questão da personalidade jurídica, sem a necessidade de a antecipar, e, principalmente, sem atentar contra os princípios gerais do Direito das Sucessões.

Todavia, a construção que temos como mais acertada é a de que defende a vocação sob *conditio iuris* suspensiva. Vejamos.

Em primeiro lugar, ao contrário do que defende a teoria do negócio em formação, tanto o testamento, como o pacto sucessório a favor de nascituros *lato sensu*, são negócios perfeitos e completos no exacto momento da sua feitura, ou seja, antes da abertura da sucessão. Isto porque, de acordo com as regras do art.º 2179.º e da conjugação do n.º 2 do art.º 2028.º com n.º 2 do artigo 952.º e do art.º 953.º (dos quais resulta a unilateralidade dos pacto sucessório a favor de nascituros *lato sensu*, porque lhes dispensa a aceitação se a instituição for livre de encargos), estamos perante negócios unilaterais, nos quais se encontra apenas uma declaração de vontade, a do *de cuius*, e ao mesmo tempo não receptícios, porque são perfeitos e válidos logo que realizados segundo a forma legal estipulada, sem prejuízo dos efeitos só se produzirem *mortis causa*.

Em segundo lugar, tendo em conta que a lei, no preceito *supra* referido, permiti a designação de concepturos, mas que o n.º 2 do art.º 66.º faz depender do nascimento os direitos que lhe foram atribuídos, não podemos dar-lhe outra leitura que não seja a de que estamos perante uma *conditio iuris* suspensiva da vocação do concepturo sujeita à aquisição de personalidade. Por permissão da lei e não por vontade do *de cuius*, rompe-se, excepcionalmente, com trâmites normais da vocação sucessória, que impõe a existência do sucessível no momento da abertura da sucessão para que este possa ser chamado a exercer o direito de suceder, aceitando ou repudiando a herança ou legado, permitindo-se que a observância do pressuposto da existência do chamado se faça num momento posterior ao que normalmente deveria ser feito, em virtude de um facto futuro e incerto que corresponde à aquisição de personalidade jurídica por parte do concepturo.

Feitas estas considerações, o que acontece aos direitos subjectivos, relativos às situações jurídico-patrimoniais pertencentes ao *de cuius*, gerados nos negócios sucessórios, uma

vez que, no período que media a abertura da sucessão e a aquisição de personalidade jurídica por do concepturo, não se encontra ainda determinado o pretense titular

Atendendo a esta situação, a lei regulou, no n.º 1 do art.º 2240.º, um modelo de administração que acautela a herança ou legado deixados a concepturos, que começa no momento da abertura da sucessão e dura até à aquisição de personalidade jurídica pelo concepturo ou da certeza que esta se concretizará, casos em que os direitos sucessórios serão atribuídos a um outro sucessível, segundo as regras da vocação sucessória, referimo-nos aos casos de vocação subsequente, quer ao funcionamento das regras da sucessão legítima.

É o que sucede, *mutatis mutandis*, aquando da abertura da sucessão de pessoa falecida até ao momento da aceitação, na denominada fase da herança jacente, prevista no art.º 2046.º. Também aqui os direitos relativos aos bens que constituem a massa hereditária encontram-se sem sujeito até ao momento da aceitação, altura em que cessa a indefinição quanto à titularidade das situações jurídicas patrimoniais do *de cujus*, passam a pertencer a todos os herdeiros em comunhão (herança indivisa). No respectivo *interregnum*, tal como na sucessão de concepturos, a lei procurou providenciar pela administração do património hereditários, como se encontra consagrado no art.º 2047.º.

Como se observa através destes dois exemplos, o substrato normativo contempla, de facto, a possibilidade de existência de direitos sem titulares, embora de forma provisória e delimitada.

No entanto, esta figura não se compadece com as visões do direito subjectivo que o entendam como sendo um conjunto de poderes decorrentes da vontade do sujeito ou que só por meio da pessoa podem existir. Na verdade, para se admitir a figura dos direitos sem sujeito é necessário seguir teorias que encarem o direito subjectivo como algo que não depende da individualidade do seu titular, vendo-o como um elemento exterior ao próprio direito e que pode surgir depois de aquele estar formado. Com isto não se defende a possibilidade de criação de direito para não terem definitivamente sujeito, mas apenas que pode acontecer, por vicissitudes transitórias e temporárias, que o direito subsista sem ter um titular concreto e actual, mas somente determinável, desde que a própria lei preveja regimes de administração para conservação e manutenção dos bens que se encontrem neste estado de pendência.

Por fim, e face ao exposto, coloca-se a problemática da partilha da herança em que sejam contemplados concepturos concomitantemente com outros herdeiros.

A necessidade de realização de partilha, uma vez que os herdeiros não se encontram obrigados a permanecer na indivisão, leva-nos a questionar a melhor forma de a realizar.

As teorias propostas, mais concretamente, a teoria da partilha aproximativa e a teoria da partilha sob condição resolutiva, parecem-nos algo dúbias.

No primeiro caso, realiza-se a partilha com base num juízo de prognose sobre o número de concepturos a existir. A falibilidade da presente estimativa e falta de critério para a determinação do número de sucessíveis, coloca em causa o valor da presente solução, tratando-se sempre de atos ablativos do património dos demais herdeiros. Por outro lado, sempre diríamos que, excepto no caso da estimativa ser conforme à posterior realidade quanto ao número de sucessíveis (hipótese que se antecipa rara), a presente partilha assume-se sempre uma pré-partilha relativamente à composição definitiva que se terá que realizar no momento da certeza do número de sucessíveis, face àqueles que foram contemplados.

Quanto à partilha sob condição resolutiva, como vimos, os sucessores existentes receberão aquilo que lhes corresponde, sem se considerar os concepturos no cálculo da partilha, mas perante a existência superveniente dos concepturos, cessam os efeitos da partilha anteriormente efectuada e far-se-á uma nova, em que se contemple os novos sucessores.

Todavia, o actual RJPI não se contende com partilhas provisórias, quer sejam aproximativas ou sujeitas a condição resolutiva, sendo o momento da partilha aquele em que, por finalidade própria e principal do instituto, se visa por fim à indivisão, de forma definitiva.

Em nosso entender, não podemos ignorar as similitudes da presente situação com o surgimento de novos herdeiros legítimos no âmbito da partilha em vida, previsto no art.º 2029.º. Neste caso, não se revoga a partilha já feita, ao invés o herdeiro superveniente tem a faculdade de exigir aos herdeiros já abrangidos que lhe componham, em dinheiro, a parte que lhe corresponde, mediante tornas.

Ora, no caso da partilha realizada à revelia dos concepturos, por não existentes, as situações jurídicas patrimoniais a estes destinadas deveriam ser atribuídas aos sucessíveis imediatos (nos termos das regras da vocação subsequente e da sucessão legítima).

Todavia, segundo o n.º 1 do art.º 2240.º, a atribuição da quota ou legado do concepturo em sede de partilha feita a favor dos sucessíveis imediatos, encontrar-se-ia limitada aos poderes de administração.

Ora, realizada a partilha, podemos antever duas situações. Por um lado, se o concepturo não vier a adquirir personalidade jurídica, os seus direitos sucessórios até então em suspenso (sem sujeito), extinguem-se e a atribuição realizada em sede de partilha a favor dos sucessíveis imediatos consolida-se. Por outro lado, se o concepturo adquirir personalidade jurídica, será chamado a exercer os seus direitos sucessórios (mas que até à sua aquisição de personalidade jurídica se encontravam sem sujeito). Neste caso, a composição das suas deitas sucessórias, a título de herança ou legado, não poderão ser feitas às custas das atribuições feitas aos sucessíveis imediatos, em sede de partilha, sob o risco de se cair numa partilha provisória. Deve então o seu quinhão hereditário ser composto em dinheiro, mediante tornas, à luz de uma lógica semelhante à do disposto no n.º 2 do art.º 2029.º.

Concluimos que os direitos sucessórios dos concepturos existem sem sujeito na nossa ordem jurídica, até à sua aquisição de personalidade, momento que se aufere o facto futuro e incerto do qual depende a vocação sucessória dos mesmos. Durante este período, que se estende para além da partilha, os seus direitos sucessórios ficam sujeitos à administração de terceiro.

## ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

ANDRADE, Manuel A. Domingues de - *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Volume I, 4.<sup>a</sup> Reimpressão, Almedina, 1974.

- *Teoria Geral da Relação Jurídica - Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*, Volume II, 9.<sup>a</sup> Reimpressão, Almedina, 2003.

ARAÚJO, Maria Dionísia Machado de - *A Vocação de Nascituros e Concepturos*, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento XIII, Volume 37, 1961.

ASCENSÃO, José de Oliveira - *Direito Civil - Sucessões*, Coimbra Editora, 1981;

- *Direito Civil - Sucessões*, 5.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, 2000;

- *Direito Civil - Teoria Geral - Introdução, As pessoas, Os bens*, Volume I, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, 2000;

- *Direito Civil - Teoria Geral - Relações e Situações Jurídicas*, Volume III, Coimbra Editora, 2002;

AZZARITI, Giuseppe - *Le successioni e Le Donazioni : libro secondo del Codice Civile*, Padova, 1982.

CAMPOS, Diogo Leite de - *Lições de Direitos da Personalidade*, em *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, n.º 67, 1991;

- *O Início da Pessoa Humana e da Pessoa Jurídica*, em *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, 2001.

CARDOSO, José Luís Lopes - *Partilhas Judiciais: teoria e prática*, Volume I, 4.<sup>a</sup> Edição, Almedina, 1990.

CARNELUTTI, Francesco - *Nuovo profilo della istituzione dei nascituri*, em *Il Foro Italiano*, Volume 77, 1954.

CARVALHO, Orlando de - *Teoria geral do Direito Civil*, 3.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, 2012.

COELHO, F. M. Pereira - *Direito das Sucessões: Lições ao curso de 1973-74*, II Parte, Coimbra, 1974.

CORDEIRO, António Menezes - *Tratado de Direito Civil - Parte Geral*, Tomo I, 3.<sup>a</sup> Reimpressão da 3.<sup>a</sup> Edição, Almedina, 2011;

- *Tratado de Direito Civil - Pessoas*, Tomo IV, 3.<sup>a</sup> Edição, Revista e Actualizada, Almedina, 2011.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona - *Curso de Direito das Sucessões*, Quid Juris Editora, 2012.

FERNANDES, Luís A. Carvalho - *Teoria Geral do Direito Civil - Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica*, Volume I, 5.<sup>a</sup> Edição, Revista e Actualizada, Universidade Católica Editora, 2009.

- *Teoria Geral do Direito Civil - Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, Volume II, 5.<sup>a</sup> Edição, Revista e Actualizada, Universidade Católica Editora, 2010.

- *Lições de Direito das Sucessões*, 2.<sup>a</sup> Edição, Reimpressão, Quid Juris Editora, 2004.

FERRARA, Luigi Cariota - *Le Successioni Per Causa di Morte: Parte Generale*, Morano Editore, 1980.

FRANÇA, Francisco - *Revista de Legislação e Jurisprudência - Consulta n.º 2383*, Ano 62, n.º 2383, 1929-1930.

GONÇALVES, Luiz da Cunha - *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IX, Coimbra Editora, 1935.

GROSSO, Giuseppe; BURDESE, Alberto - *Le successioni: parte generale*, em *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Volume 12.º, Tomo I, 1977.

INSTITUTO DOS REGISTOS E DO NOTARIADO, Parecer proferido no processo C.N. 35/2012 SJC-CT, disponível em <http://www.irn.mj.pt/sections/irn/doutrina/pareceres/predial/2012/p-cn-35-2012-sjc-ct/downloadFile/file/CN35-2012.pdf?nocache=1355309407.69>

LIMA, Pires de; VARELA, João de Matos Antunes - *Código Civil Anotado*, Volume I, 4ª Edição, Revista e Actualizada, Reimpressão, Coimbra Editora, 2011;

- *Código Civil Anotado*, Volume VI, Reimpressão, Coimbra Editora, 2011.

MARQUES, J. Dias - *Noções Elementares de Direito Civil*, 7ª edição, Lisboa, 1977.

MENDES, João de Castro - *Acerca da situação da herança atribuída a nascidos e nascituros*, em *Jornal do Foro* n.º 21, 1957.

- *Direito Civil - Teoria Geral*, Volume I, AAFDL Editora, 1978.

OPPO, Giorgio - *Note sull'istituzione di non concepiti*, em *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno II, 1948.

OTERO, Paulo - *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano*, Almedina Coimbra, 1999.

PINTO, Carlos Alberto da Mota - *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Edição Actualizada, 11.ª Reimpressão, Coimbra Editora, 1996.

PINHEIRO, Jorge Duarte - *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, AAFDL Editora, 2011.

PIACENTINI, Ezio - *La cosiddetta istituzione di nascituri non concepiti*, in *Rivista di Diritto Civile*, Anno XV, 1923.

RICCI, Francesco - *Corso Teorico-Pratico di Diritto Civile*, Volume III, 3ª Edição, Editrice Torinese, 1923.

SANTOS, Eduardo dos - *Direito das Sucessões - Lições*, 2ª Edição, AAFDL Editora, 2002.

SILVA, Espinosa Gomes da - *Direito das Sucessões*, AAFDL Editora, 1978.

SILVA, Manuel Gomes da - *Dever de Prestar e Dever de Indemnizar*, Lisboa, 1944.

SOUSA, Rabindranath Capelo - *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995;

- *Lições de Direito das Sucessões*, Volume I, 4.<sup>a</sup> Edição Renovada, Coimbra Editora, 2000;

- *Lições de Direito das Sucessões*, Volume II, 3.<sup>a</sup> Edição Renovada, Coimbra Editora, 2002;

- *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, Coimbra Editora, 2003.

STOLFI, G - *Le successione dei non concepiti*, em *Rivista di Diritto Civile*, Anno XVI, 1924.

TAVARES, José - *Sucessões e Direito Sucessório*, Volume I, França Amado - Editora, 1903.

TELLES, Inocêncio Galvão - *Teoria Geral do Fenómeno Jurídico Sucessório, Noções Fundamentais*, Lisboa, 1944;

- *Direito das Sucessões - Noções fundamentais*, 6.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, 1991;

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Volume II, 10.<sup>a</sup> Edição, Refundida e Actualizada, Coimbra Editora, 2000;

- *Manual dos Contratos em Geral*, 4.<sup>a</sup> Edição, Refundindo e Actualizada, Coimbra Editora, 2002.

TRIPICCIÓN - *La delazione legittima dell'eredità nel caso di mancato avvento dei nascituro non concepiti*, na *Rivista di Diritto Civile*, Anno XIV, 1922.

VASCONCELOS, Pedro Pais de - *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.<sup>a</sup> Edição, Almedina, 2008.

VIEIRA, José Alberto - *Direitos reais*, Coimbra Editora, 2008.



## ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

### **Supremo Tribunal de Justiça**

Acórdão de 13/03/1956, processo n.º 56614 (M. G. P.), em *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 55, 1956, pp. 288-293.

Acórdão de 12/05/1981, processo n.º 069201 (HENRIQUES SIMÕES) – Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Acórdão de 10/12/2009, processo n.º 312-C/2000.C1-A.S1 (MOREIRA ALVES) – Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

### **Relação do Porto**

Acórdão de 19/06/1980, processo n.º 0013686 (OLIVEIRA DOMINGUES) – Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

### **Relação de Lisboa**

Acórdão de 08/06/1995, processo n.º 0005856 (CRUZ BROCO) – Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

### **Relação de Coimbra**

Acórdão de 07/02/2012, processo n.º 358/06.8TBSRE.C2 (CARLOS QUERIDO) – Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).